

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE DERECHO



**EL MÉTODO DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA APLICABLE A
TRANSACCIONES CON COMMODITIES PARA EVITAR LA
VULNERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE CAPACIDAD
CONTRIBUTIVA Y DE NO CONFISCATORIEDAD**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO

AUTORA

NATALLY NICOLL MONTENEGRO GUTIERREZ

ASESOR

Mtro. PERCY ORLANDO MOGOLLÓN PACHERRE

Chiclayo, 2019

Dedicatoria

*A mis padres por inspirarme
a ser cada día mejor y porque
me enseñaron a ser
persistente con mis ideas.*

Agradecimiento

*Al Dr. Percy Mogollon por su
paciencia, comprensión y
enseñanzas, además, por ser
mi guía en esta aventura.*

RESUMEN

El surgimiento de las empresas multinacionales obliga que la administración tributaria esté atenta a las transacciones entre partes vinculadas, pues pueden afectar la recaudación tributaria mediante la manipulación de los precios de transferencia, el cual es el precio fijado para un producto o servicio proporcionado por una empresa a otra que pertenece al mismo grupo.

Al respecto, nuestro país ha regulado diversos métodos para determinar los precios de transferencia, estableciendo en el numeral 1), inciso e) del artículo 32-A° de la Ley del Impuesto a la Renta que en el caso de las transacciones con commodities, corresponde aplicar el método de precio comparable no controlado siempre que el contribuyente efectúe una comunicación, la misma que se constituye en una exigencia que conlleva a que en la práctica la aplicación del referido método sea la excepción, convirtiéndose en la regla general la aplicación del sexto método, que sustituye las condiciones pactadas por las partes por una hipotética operación cerrada el día en que finaliza la carga de la mercadería, fijándose un precio mayor al pactado por las partes a efectos del impuesto a la renta, vulnerándose así, el principio de capacidad contributiva y el principio de no confiscatoriedad.

Por ello, resulta necesario modificar la normativa peruana a efectos de no restringir irrazonablemente la aplicación del método de “precio comparable no controlado” el cual resulta más apropiado en términos generales, pues en casos particulares debe aplicarse un método basado en el principio de plena competencia que resulte más adecuado como lo plantea la OCDE.

Palabras claves: métodos de precios de transferencia, commodities, capacidad contributiva, no confiscatoriedad.

ABSTRACT

The emergence of multinational companies requires that the tax administration be attentive to transactions between related parties, as they can affect tax collection by manipulating transfer prices, which is the price set for a product or service provided by a company to another that belongs to the same group.

In this regard, our country has regulated various methods to determine transfer prices, establishing in number 1), subsection e) of Article 32-A of the Income Tax Law that in the case of transactions with products, it is appropriate to apply the method of comparable uncontrolled price provided that the taxpayer makes a communication, which constitutes a requirement that leads to the application of the said method is the exception, becoming the general rule the application of the sixth method, which replaces the conditions agreed by the parties for a hypothetical operation closed on the day the merchandise load ends, setting a price higher than the one agreed by the parties for the purposes of income tax, thus violating the principle of contributory capacity and the principle of non-confiscatoriness.

Therefore, it is necessary to modify Peruvian regulations in order not to unreasonably restore the application of the "comparable uncontrolled price" method which is more generally controlled, since in particular cases a method based on the principle of full competition that is more appropriate as proposed by the OECD.

Keywords: transfer pricing methods, commodities, contributory capacity, no confiscation.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	IX
CAPÍTULO 1: MÉTODOS DE PRECIO DE TRANSFERENCIA APLICABLE A LAS TRANSACCIONES CON COMMODITIES	
1.1. Precios de transferencia	13
1.1.1. Definición de precios de transferencia	14
1.1.2. Ámbito de aplicación en la legislación peruana	16
1.2. Directrices de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos sobre precios de transferencia	20
1.2.1. El principio de plena competencia	20
1.2.2. Metodología de precios de transferencia	24
1.3. Métodos de precio de transferencia aplicable a las transacciones con commodities	28
1.3.1. Método de precio comparable no controlado	29
1.3.2. El “sexto método” en Argentina	31
1.3.3. El “sexto método” en Perú establecido en el artículo 32-A° del Decreto Legislativo N°1312	35
1.3.4. Aparente muerte al “sexto método” en el Perú conforme el Decreto Legislativo N° 1381.....	38
CAPÍTULO 2: EL PRINCIPIO DE CAPACIDAD CONTRIBUTIVA Y EL PRINCIPIO DE NO CONFISCATORIEDAD	
2.1. Principios constitucionales tributarios	45
2.2. Principio de capacidad contributiva	47
2.2.1. Principio constitucional implícito	48
2.2.2. Definición	49
2.2.3. Capacidad contributiva absoluta y relativa	52
2.3. Principio de no confiscatoriedad	56
2.3.1. Definición	56
2.3.2. Confiscatoriedad cuantitativa y cualitativa	58
2.3.3. Naturaleza jurídica	61
2.4. Relación del principio de capacidad contributiva con el principio de no confiscatoriedad	65

CAPÍTULO 3: RELACIONES ENTRE LOS MÉTODOS DE PRECIO DE TRANSFERENCIA APLICABLE A LAS TRANSACCIONES CON COMMODITIES CON LOS PRINCIPIOS DE CAPACIDAD CONTRIBUTIVA Y NO CONFISCATORIEDAD.

3.1. El método de precio comparable no controlado como coherente con los principios de capacidad contributiva y no confiscatoriedad	69
3.1.1. El método de precio comparable no controlado y las prácticas del mercado de commodities	69
3.1.2. El método de precio comparable no controlado y el principio de capacidad contributiva	72
3.1.3. El método de precio comparable no controlado y el principio de no confiscatoriedad	75
3.2. Vulneración a los principios de capacidad contributiva y no confiscatoriedad como consecuencia de la aplicación del nuevo sexto método en Perú	78
3.2.1. El sexto método en Perú y las prácticas del mercado de commodities.....	78
3.2.2. El sexto método y el principio de capacidad contributiva	81
3.2.3. El sexto método y el principio de no confiscatoriedad	83
3.3. Propuesta de un método de precios de transferencia para transacciones con commodities a fin de evitar lesionar los principios de capacidad contributiva y no confiscatoriedad	86
3.3.1. Prácticas en el mercado de commodities	87
3.3.2. Propuesta del método de precio comparable no controlado	91
CONCLUSIONES	102
BIBLIOGRAFÍA	105

TABLA DE ABREVIATURAS

Ley del Impuesto a la Reta	LIR
Reglamento de la Ley del Impuesto a la Reta	RLIR
Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos	OCDE
Ley de Impuesto a las Ganancias	LIG
Tribunal Constitucional	TC
Método de precio comparable no controlado	CUP

INTRODUCCIÓN

Producto de la globalización, surge la problemática de los precios de transferencia que es “el precio fijado para un producto o servicio suministrado por parte de una entidad perteneciente a un grupo a una entidad o parte de dicho grupo”¹, ya que cuando las empresas vinculadas realizan operaciones por servicios y bienes, existe el riesgo que distorsionen los precios, para realizar un menor pago de impuestos en un país o favorecerse con una mayor deducción de gasto en otro².

A fin de mitigar dicho riesgo, en el Perú mediante el Decreto Legislativo N°1381, vigente a partir del 1 de enero de 2019, se modificó el numeral 1, inciso e del artículo 32-A sobre el método a aplicar para determinar los precios de transferencia en las transacciones con commodities, disponiéndose que la fecha de cotización será aquella fecha pactada por las partes, cuando: a) sea acorde a lo convenido por partes independientes en condiciones iguales o similares, y b) el contribuyente comunique la fecha pactada a la SUNAT, con una anterioridad no menor a 15 días hábiles de la fecha de inicio del embarque o desembarque³. Sin embargo, la mencionada comunicación ha generado controversia, en cuanto a que si no es presentada o es presentada de manera extemporánea o incompleta, o no es acorde

¹GARCÍA PRATS, Francisco. “Los precios de transferencia: su tratamiento tributario desde una perspectiva europea”, *Crónica Tributaria*, N°117, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2005, p.36.

²Cfr. CARRILLO, Manuel. “A propósito de las diferencias y semejanzas entre la valoración aduanera y los precios de transferencia”, *Actualidad Tributaria*, N°223, Lima, Gaceta Jurídica, junio 2012, pp. 281-282.

³Cfr. ZYAABOGADOS. *Delegación de facultades 2018: modificaciones al “sexto método”*, Lima, 2019 [ubicado el 30. IX 2019]. Obtenido en: <http://www.zyaabogados.com/es/informativo-legal/nota/delegacion-de-facultades-2018-modificaciones-al-sexto-metodo/>

a lo pactado, la SUNAT considerará como fecha de valor de cotización la del término del embarque (exportación) o desembarque (importación), es decir, corresponderá aplicar el “sexto método”, lo que es altamente probable que suceda dado el tipo de información y la anticipación con la que la requiere⁴, además, la documentación exigida en la referida comunicación no es acorde con lo que la OCDE plantea⁵. Así, en la mayoría de los casos la SUNAT aplicará el sexto método, convirtiéndose en la realidad la aplicación de dicho método la regla general y no la excepción.

Como vemos, al regular este método el legislador ha limitado irrazonablemente a la SUNAT a fin de considerar el periodo de cotización pactado por las partes vinculadas, y no ha considerado que la OCDE afirma que el método de precio comparable no controlado es el más apropiado para fijar el precio de transferencia en las transacciones con commodities y que excepcionalmente se debe aplicar otro método basado en el principio de plena competencia⁶.

El sexto método en el Perú, inspirado en el sexto método argentino, supone que las partes vinculadas fijan el precio de transferencia de los commodities en la fecha de embarque o desembarque, ignorando los usos y costumbres del mercado de commodities y lo pactado por las partes vinculadas, generando que la administración tributaria determine un precio mayor al acordado por las partes, y en consecuencia que estas paguen un impuesto superior al que realmente corresponde, trasgrediendo el principio de capacidad contributiva y el principio de no confiscatoriedad, incluso, Goldemberg opina que debe descartarse el sexto método al vulnerar los principios constitucionales de razonabilidad y capacidad contributiva⁷. Es así que, debemos plantearnos la siguiente interrogante: **¿Cuál**

⁴Cfr. DELOITTE. Nueva reglamentación de precios de transferencia para el tratamiento de commodities 2019 [ubicado el VI.IX 2019]. Obtenido en: <https://www2.deloitte.com/pe/es/pages/tax/articles/Modificacion-de-la-LIR-respecto-al-tratamiento-de-commodities.html>

⁵Cfr. OECD. *Garantizar que los resultados de los precios de transferencia estén en línea con la creación de valor, Acciones 8 a 10 – Informes finales 2015, 2016* [ubicado el 25.X 2018]. Obtenido en: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/garantizar-que-los-resultados-de-los-precios-de-transferencia-esten-en-linea-con-la-creacion-de-valor-acciones-8-a-10-informes-finales-2015_9789264258280-es#page14, p.62.

⁶Cfr. EY Colombia. *Beps Acción 10 - Transacciones De Commodities*, Bogotá, EY Colombia, 2015. [Acceso 15.10.2018]. En <http://es.calameo.com/books/004152020527c8190fd09>, pp.1-2.

⁷Cfr. GOLDEMBERG, Cecilia. “Precios de Transferencia. ¿Qué nos dejó el Sexto Método?”. *Doctrina Tributaria ERREPAR*, N°411, Volumen XXXV, Buenos Aires, ERREPAR SA, junio 2014, p. 531.

será el método apropiado para la determinación de precios de transferencia aplicable a las transacciones con commodities a fin de evitar lesionar los principios de capacidad contributiva y de no confiscatoriedad?

Para resolver dicha interrogante, nos hemos planteado como objetivo general determinar el método apropiado para la determinación de precios de transferencia aplicable a las transacciones con commodities a fin de evitar lesionar los principios de capacidad contributiva y de no confiscatoriedad. Asimismo, tenemos como objetivos específicos: a) distinguir los métodos de determinación de precios de transferencia aplicables a las transacciones con commodities, b) explicar la importancia del principio de capacidad contributiva, c) explicar la importancia del principio de no confiscatoriedad, y d) esclarecer las relaciones existentes entre los métodos de precios de transferencia aplicables a las transacciones con commodities con los principios capacidad contributiva y no confiscatoriedad.

Es necesario que se fijen los precios de transferencia de los commodities con un método apropiado, que permita a la administración tributaria evitar ser afectada por los *BEPS* (*Base Erosion and Profit Shifting*, en castellano Erosión de Bases y Traslado de Beneficios) y que a la vez refleje la realidad económica de la transacción, sin embargo, lo regulado en el numeral 1, inciso e del artículo 32-A de la Ley del Impuesto a la Renta se opone a lo planteado por la OCDE, conforme a la cual debe aplicarse por lo general el método de precio comparable no controlado, y solo cuando el contribuyente no aporte justificaciones fiables de la fecha convenida, la administración tributaria puede usar el valor de cotización de la fecha de embarque o desembarque⁸. Además, al contravenir lo regulado en la legislación peruana lo propuesto por la OCDE, impide que el Perú logre ingresar a esta importante organización, como lo afirma Marcial García⁹.

Aunado a ello, al aplicarse en la mayoría de los casos el sexto método, se vulneran el principio de no confiscatoriedad y el principio de capacidad contributiva, pues desconoce el valor menor que las partes fijaron con anticipación, pagando las

⁸Cfr. PERÉZ, Patricia. *Modificaciones de las reglas aplicables a Precios de Transferencia – Decreto Legislativo 1312*, 2017 [ubicado el 15.X 2017]. Obtenido en: <http://www.bdo.com.pe/es-pe/blogs/blog-bdo-peru/marzo-2017/modificaciones-de-las-reglas-aplicables-a-preciosq>

⁹Cfr. GESTIÓN. *Precios de transferencia: Discuten detalles que restan competitividad para atraer inversiones*, 2017. [ubicado el 06.IX 2017]. Obtenido en: <https://gestion.pe/empresas/precios-transferencia-discuten-detalles-que-restan-competitividad-atraer-inversiones-2200670>

empresas un impuesto más elevado al que corresponde¹⁰, lo que nos demuestra que el legislador no considero el principio de primacía de la realidad al regular el citado método, mucho menos el principio de plena competencia que busca tratar a los miembros de una empresa multinacional como empresas independientes en sus relaciones comerciales o financieras para determinar el precio de transferencia en las transacciones que realizan¹¹.

Por otro lado, la presente investigación beneficiará al sector económico, al proponer un método generalmente apropiado para los precios de transferencia en las operaciones con commodities, permitiendo que las empresas no se vean desincentivadas de invertir en nuestro país. A la vez, contribuirá a la comunidad académica al brindar información actualizada y útil sobre precios de transferencia. Nos hemos planteado como hipótesis que, si el Perú respeta las directrices de la OCDE sobre los precios de transferencia y los principios constitucionales tributarios de capacidad contributiva y no confiscatoriedad, entonces, el método de precios de transferencia aplicable a las transacciones con commodities generalmente más apropiado será el método de “precio comparable no controlado” que permite reflejar la realidad económica de la transacción con commodities para determinar el precio de transferencia a efectos del impuesto a la renta; y excepcionalmente en algunos casos particulares se aplicará el método que resulte más apropiado a la transacción.

A fin de lograr los objetivos propuestos hemos estructurado esta investigación en tres capítulos, el primero versa sobre los métodos de precio de transferencia aplicables a las transacciones con commodities, el segundo sobre el principio de capacidad contributiva y el principio de no confiscatoriedad, y el último determina las relaciones entre los métodos de precio de transferencia aplicables a las transacciones con commodities con los principios antes mencionados.

¹⁰Cfr. GESTIÓN. *Precios de transferencia: ¿Cómo afecta la falta de reglamentación a las exportaciones mineras?*, 2017 [ubicado el 06.IX 2017]. Obtenido en: <https://gestion.pe/economia/precios-transferencia-como-afecta-falta-reglamentacion-exportaciones-mineras-2196641>

¹¹Cfr. OECD. *Modelo del Convenio tributario de la OCDE*, 2010 [ubicado el 05.X 2017]. Obtenido en: https://leadingcases.files.wordpress.com/2015/11/modelo_ocde_2010_en_espanol-sin-comentarios.pdf

CAPÍTULO 1

MÉTODOS DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA APLICABLE A LAS TRANSACCIONES CON COMMODITIES

Se ha incrementado la posibilidad de que los grupos multinacionales afecten a los Estados en su recaudación tributaria como consecuencia de la utilización de los precios de transferencia en las transacciones con commodities, a fin de combatir estas prácticas se ha regulado los precios de transferencia en los ordenamientos internos y externos, resultando importante el método establecido en la legislación para fijar el valor de mercado de los commodities a efectos del impuesto a la renta. En razón de ello, se procederá a revisar los métodos de precios de transferencia aplicables a las transacciones con commodities.

1.1. Precios de transferencia

Es común que las empresas multinacionales realicen entre ellas transacciones, para ello se valen de los precios de transferencia, es decir, aquel precio establecido por la venta de un producto o servicio prestado por una empresa a otra con la que se encuentra vinculada. No obstante, las empresas al buscar obtener el mayor beneficio posible, pueden utilizar los precios de transferencia como un mecanismo de elusión fiscal, a fin de mitigar dicho riesgo, en el Perú se ha regulado sobre los precios de transferencia y los métodos para establecerlos.

1.1.1. Definición de precios de transferencia

El precio de transferencia es aquel “precio fijado para un producto o servicio suministrado por parte de una entidad perteneciente a un grupo a una entidad o parte de dicho grupo”¹², es decir, es el precio que se fija para un producto o servicio proporcionado por una empresa a otra que pertenece al mismo grupo. Sin embargo, al ser establecidos dichos precios por empresas vinculadas, estas pueden valerse de este precio a fin de modificar las bases imponibles del impuesto que deben pagar, y así facilitar entre ellas la transferencia de beneficios, ya sea en un mismo país o en otros países, lo que conlleva al traslado de los beneficios a paraísos fiscales o territorios de baja o nula imposición, al no seguirse las reglas de una economía de mercado, basada en la oferta, la demanda y la libre competencia¹³.

Para las administraciones tributarias el precio de transferencia es uno de los “mecanismos utilizados por las empresas para transferir beneficios en forma encubierta, evitando total o parcialmente el pago de los tributos que deberían haber incidido sobre esos beneficios (...); los cuales se pueden transferir a otra estipulando precios a sus transacciones que difieran de la realidad (...) o, simplemente, registrando o declarando operaciones ficticias”¹⁴, en otras palabras, estos precios son utilizados por las empresas vinculadas para no pagar o pagar menos tributos, mediante la sobrevaluación o subvaluación del precio.

Así, los precios de transferencia pueden ser un mecanismo para colocar fondos en negocios nacionales y/o internacionales, desviando los beneficios de un negocio hacia una subsidiaria mediante la sobrevaluación de los bienes y servicios que suministra la casa matriz, y subvaluando los bienes y servicios que la casa matriz presta a dicha subsidiaria. También, pueden los beneficios de un negocio trasladarse de una jurisdicción a otra, mediante la fijación de altos precios de transferencia para los bienes y servicios que provienen de la casa matriz que se encuentra en el exterior, y reduciendo dichos precios para los bienes y servicios que provienen de la subsidiaria¹⁵.

¹²GARCÍA PRATS, Op.Cit., p. 36.

¹³Cfr. RENGIFO LARA, Yannpool. *Precios de Transferencia*, Lima, Entrelíneas, 2017, p.24.

¹⁴Aut.Cit. BARRANTES MARTÍNEZ, Carlos. “Precios de Transferencia en el Perú”, *Revista Peruana de Derecho Tributario*, N°8, 2008, p.7.

¹⁵Cfr. FERNÁNDEZ ORIGGI, Ítalo. “Ámbito de aplicación del régimen de precios de transferencia: Modificatorias vigentes a partir del ejercicio 2013”, *Actualidad Tributaria*, N°232, marzo 2013, 227-228.

Por ejemplo, en el siguiente cuadro observamos que en el primer caso la empresa “X”, que es la casa matriz, fábrica y vende a costo una máquina a su subsidiaria “Y”, la que se ubica en el exterior, permitiendo que su vinculada “Y” genere toda la ganancia de la venta realizada a terceros, deslocalizando la renta fuera de la jurisdicción tributaria en la que se encuentra “X”. En cambio, en el segundo caso, a fin de desviar la renta hacia la jurisdicción tributaria donde se ubica “X”, su subsidiaria “Y” no registrara renta alguna, como se aprecia en el siguiente cuadro:

TABLA N°01
SUBVALUACIÓN Y SOBREVALUACIÓN DEL PRECIO

CASO 01: SUBVALUACIÓN DEL PRECIO			
X: CASA MATRIZ		Y: SUBSIDIARIA	
Costo de producción	800	Costo del producto	800
Precio de venta a su vinculada “Y”	800	Precio de venta a un tercero	1200
Renta neta	0	Renta neta	400
CASO 02: SOBREVALUACIÓN DEL PRECIO			
X: CASA MATRIZ		Y: SUBSIDIARIA	
Costo de producción	800	Costo del producto	1200
Precio de venta a su vinculada “Y”	1200	Precio de venta a un tercero	1200
Renta neta	400	Renta neta	0

Fuente: Elaboración propia.

Si bien una de las principales razones de la manipulación de los precios de transferencia es la deslocalización de las rentas generadas dentro de un grupo empresarial, no obstante, es posible que la transferencia de beneficios o servicios o pérdidas entre sociedades vinculadas, pueda ser por estrategia del grupo empresarial, tratándose de una herramienta que puede usarse por diversos motivos. Sobre ello, un estudio realizado para la Conferencia Técnica del Centro Interamericano de Administraciones Tributarias en 1977, el Internal Revenue Service (en castellano Servicio de Impuestos Internos) estadounidense reveló que entre dichos motivos, encontramos algunos basados en la necesidad de ocultar

información a la competencia y en la lucha de los efectos derivados de las fluctuaciones de los tipos de cambio¹⁶.

En conclusión, los precios de transferencia son fijados por una empresa para productos o servicios que serán suministrados a otra empresa con la que tiene vinculación económica, sin embargo, pueden ser utilizados por las empresas vinculadas como un mecanismo para transferir sus beneficios a una jurisdicción que les permita no pagar o pagar menos tributos.

1.1.2. Ámbito de aplicación en la legislación peruana

La mayoría de países han regulado sobre los precios de transferencia a fin de evitar que sean usados como un instrumento de elusión fiscal. En nuestro país el artículo 32°-A° de la Ley del Impuesto a la Renta¹⁷ – en adelante LIR - y en el artículo 108° del reglamento de dicha ley, dispone que las normas de precios de transferencia se aplican a las transacciones que realizan los contribuyentes del impuesto a la renta con sus partes vinculadas o desde, hacia o a través de países o territorios no cooperantes o de baja o nula imposición, conocidos como paraísos fiscales, asimismo, las que realicen sujetos cuyas rentas, ingresos o ganancias provenientes de dichas transacciones estén sujetos a un régimen fiscal preferencial¹⁸.

La aplicación de las normas de precios de transferencia implica que el valor de toda la operación entre partes vinculadas se adecue a los métodos de precios de transferencia a fin de considerar su valor conforme al mercado, procediendo el ajuste del valor cuando se determine un menor impuesto a pagar en el Perú, debido a que el precio señalado por las partes difiere del valor de mercado¹⁹. Asimismo, procederá el ajuste del valor cuando dicho ajuste incide en la determinación de un mayor impuesto en nuestro país respecto de transacciones con otras partes vinculadas, conforme al del artículo 32-A ° inciso c) de la LIR.

Las transacciones entre partes vinculadas están sujetas a las reglas de precios de transferencia, al respecto, el artículo 32-A° inciso b) de la LIR, prescribe que la regla

¹⁶Cfr. FERNÁNDEZ, Op. Cit., p. 228.

¹⁷Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a La Renta, Decreto Supremo N.° 179-2004-EF, publicado el 8.12.2004.

¹⁸ BARZOLA YARASCA, Percy. *Precios de Transferencia*, Lima, Gaceta Jurídica, 2018, p.5.

¹⁹Cfr. OYOLA LÁZARO, Cynthia; y VILLAZÁN OCHOA, Saúl. *Obligaciones de declarar precios de transferencia*, Lima, Instituto Pacífico, 2015, p.11.

general para considerar que dos empresas o entidades son partes vinculadas es que: a) una de ellas participa directamente o indirectamente en la administración, control o capital de otra; b) la misma persona o grupo de personas participa directamente o indirectamente en la dirección, control o capital de varias personas, empresas o entidades; c) cuando se realiza la transacción utilizando personas interpuestas con el fin de encubrir una transacción entre partes vinculadas. Así resulta suficiente que una de las empresas ejerza directa o indirectamente el control administrativo o económico, para presumir vinculación económica entre ellas²⁰.

El artículo 24° del Reglamento de la LIR²¹ - en adelante RLIR - señala los supuestos en los que dos o más empresas o entidades son partes vinculadas, incluso, corresponde aplicarlos en el caso de que se realice una transacción utilizando personas o entidades interpuestas, domiciliadas o no en el país, para encubrir una transacción entre partes vinculadas, dichos supuestos son:

- a) Participación del capital: si una persona natural o jurídica posee más de 30% del capital de otra persona jurídica, directamente o por intermedio de un tercero (familiar u otra persona), o cuando más del 30% del capital de dos o más personas jurídicas pertenece a una misma persona natural o jurídica, directamente o por intermedio de un tercero.
- b) Vinculación por parentesco: en los casos anteriores, si el 30% del capital pertenece a cónyuges entre sí o personas naturales vinculadas hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.
- c) Vinculación por propietarios comunes: cuando el capital de dos o más personas jurídicas pertenezca en más del 30% a socios comunes a estas.
- d) Directores y funcionarios comunes: en el caso de que las personas jurídicas o entidades cuenten con uno o más directores, gerentes, administradores u otros directivos comunes, que tienen poder de decisión en los acuerdos financieros, operativos y/o comerciales que se adopten.
- e) Consolidación de estados financieros: cuando dos o más personas naturales o jurídicas consolidan sus estados financieros²².

²⁰Cfr. RENGIFO, Op. Cit., pp. 3-4.

²¹Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta aprobado por el Decreto Supremo N° 122-94-EF, publicado el 19.09.1994.

²²La Norma Internacional de Contabilidad 27 en el párrafo 4 establece que los estados financieros consolidados son aquellos estados financieros de un grupo, presentados como si se tratase de una

- f) Contratos de colaboración empresarial con contabilidad independiente: se considerará vinculado el contrato con aquellas partes contratantes que participen, directamente o por intermedio de un tercero, en más del 30% en el patrimonio del contrato, también, el contrato se considera vinculado con la parte contratante que tiene poder de decisión en los acuerdos financieros, comerciales u operativos para el desarrollo del contrato.
- g) Contratos de colaboración empresarial sin contabilidad independiente: se verifica individualmente la vinculación entre cada una de las partes del contrato y la contraparte, que es una persona natural o jurídica con la que las partes celebran alguna operación para alcanzar el objeto del contrato.
- h) Contrato de asociación en participación: existe vinculación entre asociados y asociante, cuando en el contrato alguno de los asociados participa directa o indirectamente en más del 30% en los resultados o en las utilidades de uno o varios negocios del asociante, o cuando alguno de los asociados tiene poder de decisión en los aspectos financieros, comerciales u operativos de uno o varios de los negocios del asociante.
- i) Establecimientos permanentes: cuando una empresa no domiciliada tiene uno o más establecimientos permanentes en el país, existirá vinculación entre la empresa no domiciliada y cada uno de sus establecimientos permanentes y entre ellos, también, cuando una empresa domiciliada en territorio peruano tiene uno o más establecimientos permanentes en el extranjero, existirá vinculación entre la empresa domiciliada y cada uno de sus establecimientos permanentes.
- j) Influencia dominante: cuando una persona natural o jurídica ejerce influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de una o más personas jurídicas o entidades, las personas jurídicas o entidades influidas están vinculadas entre sí y con la persona natural o jurídica que ejerce dicha influencia.
- k) Relaciones Comerciales: habrá vinculación económica, cuando una persona, empresa o entidad domiciliada en el país realice en el ejercicio gravable anterior, el 80% o más de sus ventas de bienes, prestación de servicios u otro tipo de operaciones, con una persona, empresa o entidad domiciliada en el país o con

sola entidad económica. Cfr. AGUILAR ESPINOZA, Henry. *Precios de Transferencia*, Lima, Entrelíneas, 2009, p.12.

personas, empresas o entidades vinculadas entre sí, domiciliadas en el país, siempre que dichas operaciones, representen al menos el 30% de las compras o adquisiciones de la otra parte en el mismo período. En empresas que tengan actividades con períodos mayores a tres ejercicios gravables, los porcentajes se calculan según al porcentaje promedio de ventas o compras, realizadas en los tres ejercicios gravables inmediatos anteriores. Sin embargo, lo expuesto no es aplicable para operaciones que realicen las empresas que conforman la actividad empresarial del Estado, si su participación es mayor al 50% del capital.

Por otro lado, resulta pertinente indicar que en el Perú conforme al artículo 86° del RLIR, se consideran países o territorios no cooperantes o de baja o nula imposición, los considerados en el anexo 1 del RLIR, tales como: Anguila, Belice, Isla de Man, Islas Vírgenes Británicas, Labuán, Republica de Panamá, entre otros 38 países o territorios. Aunado a ello, mediante Decreto Supremo se pueden incluir o excluir alguno de estos países o territorios, cuando se encuentren en algunos de los criterios precisados en el mencionado artículo.

Por otra parte, se consideran regímenes fiscales preferenciales aquellos países o territorios que cumplan mínimamente con dos de los siguientes criterios: a) no tengan vigente un Acuerdo de Intercambio de Información Tributaria o Convenio para Evitar la Doble Imposición con una cláusula de intercambio de información; o existiendo estos, no cumplan con el intercambio de información con el Perú o sea limitado por aplicación de sus normas legales o prácticas administrativas, b) presenten ausencia de transparencia a nivel legal, reglamentario o de funcionamiento administrativo, c) cuando la tasa del impuesto a la renta sobre las rentas, ingresos o ganancias sujetas al régimen fiscal, de conformidad con el artículo 87, cualquiera fuese la denominación que se dé a este tributo, sea 0% o inferior al 60% de la que correspondería en el Perú sobre rentas de la misma naturaleza a sujetos domiciliados, d) cuando el régimen fiscal excluya, explícita o implícitamente, a los residentes del país o territorio de dicho régimen, o que los sujetos beneficiados con dicho régimen se encuentren impedidos, explícita o implícitamente, de operar en el mercado doméstico, e) cuando la OCDE los califique como regímenes perniciosos o potencialmente perniciosos, aun cuando el país o territorio del régimen se encuentre en proceso de eliminarlos o modificarlos.

Conforme a lo expuesto, con el fin de evitar que los precios de transferencia sean un instrumento de elusión fiscal, el Perú ha regulado sobre los precios de transferencia, estableciendo que su ámbito de aplicación se circunscribe a los contribuyentes del impuesto a la renta que realizan operaciones con sus partes vinculadas en países o territorios no cooperantes o de baja o nula imposición, y en regímenes fiscales preferenciales.

1.2. Directrices de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos sobre precios de transferencia

Las Directivas o Guías de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos - en adelante OCDE- establecen los métodos para fijar los precios de transferencia que se ajustan al principio de plena competencia, dichos métodos han sido acogidos en la legislación tributaria. Al respecto, el inciso h) del artículo 32-A de la LIR dispone que sirven para interpretar lo establecido en el mencionado artículo, siempre que no se opongan a las normas jurídicas peruanas, como vemos, estas Guías forman parte del *soft law* en el Derecho Peruano, por lo que, si bien se tratan de guías de principios generales carentes de fuerza vinculante para los Estados, deben ser observadas a modo de criterios persuasivos²³.

1.2.1. El principio de plena competencia

Cuando las empresas vinculadas realizan transacciones por servicios y bienes entre ellas, existe el riesgo que manipulen el precio de estos, para efectuar un menor pago de impuestos en un país o beneficiarse de una mayor deducción de gasto en otro. En razón de ello, a fin de llegar al valor real de la transacción, la OCDE propone que se aplique el “principio *arm’s length*”, también conocido como “principio del operador independiente” o “principio de plena competencia”²⁴, mediante el cual se busca comparar el precio acordado entre empresas vinculadas, con el precio del bien o servicio en el mercado entre terceros independientes²⁵.

²³ Cfr. NINA, Paúl. “El Uso de las Guías de precios de transferencia de OCDE en el Régimen Peruano de Precio de Transferencia”, Análisis Tributario, N°366, julio 2018, pp. 31-33.

²⁴Cfr. ARIAS, Gonzalo. “Control de los precios de transferencia”. En: CIAT (Coord.), Aspectos de la Tributación Internacional que afectan en la gestión de las Administraciones Tributarias, 2013 [ubicado el 06.IX 2017]. Obtenido en: <https://biblioteca.ciat.org/opac/book/5133>, p.105.

²⁵Cfr. CARRILLO, Op. Cit., p. 283.

La traducción literal del principio *arm's length* es “precio a distancia del brazo”, proviene en parte de la cosmovisión anglosajona de las relaciones interpersonales en las que físicamente las personas que no son cercanas, ni están vinculadas por cierto lazo afectivo o de amistad, en circunstancias normales guardan un brazo de distancia. Así el precio *arm's length* es aquel que se cobrarían las partes independientes, ya que no guardan ninguna clase de vinculación que pueda afectar la determinación del precio que se forma en el mercado²⁶.

En el diseño de la estructura lógica y funcionamiento de un régimen de precios de transferencia resulta necesario recurrir al principio de plena competencia, pues el concepto de valor de mercado es jurídicamente indeterminado, lo que hace imposible definir lo que se debe entender por valor de mercado de una u otra operación, salvo que recurramos a una fórmula como es el caso del artículo 32° de la LIR, al regular el régimen general del valor de mercado²⁷.

En atención a ello, los técnicos de la OCDE establecieron un criterio para llevar a la práctica el concepto abstracto de valor de mercado, utilizando el principio de plena competencia, que ha sido adoptado en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas, incluso, el Perú reconoce el estándar del principio de plena competencia, conforme al artículo 32-A° de la LIR²⁸.

Así, el cálculo de los precios de transferencia se basa en el principio de plena competencia, que se encuentra regulado en el Modelo del Convenio Tributario de la OCDE, el cual dispone en el artículo 9° que “ (...) cuando dos empresas estén, en sus relaciones comerciales o financieras, unidas por condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las que serían acordadas por empresas independientes, los beneficios que habrían sido obtenidos por una de las empresas de no existir dichas condiciones, y que de hecho no se han realizado a causa de las mismas, podrán incluirse en los beneficios de esa empresa y sometidos a imposición (...)”²⁹, es decir, se deben tratar a los miembros de una empresa multinacional como

²⁶Cfr. FERNÁNDEZ, Op. Cit., p. 229.

²⁷Cfr. Ídem.

²⁸Cfr. GALÍNDEZ NARVAÉZ, José; y JULIO SOSA, Alfredo. *Una revisión a la problemática de los precios de transferencia en américa latina en el marco de las acciones propuestas por la OCDE en su plan de acción BEPS*, 2014 [ubicado el 05.X 2017]. Obtenido en: <https://biblioteca.ciat.org/opac/book/5285>, p.20.

²⁹OECD, 2010, Op. Cit. pp.27-28.

empresas independientes en sus relaciones comerciales o financieras, a fin de determinar el precio de transferencia en las diversas transacciones que realizan.

Por otro lado, el principio de plena competencia requiere un análisis de comparabilidad, que exige que primero conozcamos las relaciones comerciales y financieras entre las empresas asociadas y las características de la operación u operaciones vinculadas que se desean comparar, para efectuar una “delimitación precisa” de la operación vinculada, y luego seleccionar el método más apropiado a fin establecer los precios de transferencia e identificar una posible operación no vinculada, o más de una³⁰.

Las Directrices de la OCDE de precios de transferencia, establecen cinco factores de comparabilidad, a fin de considerar si una operación vinculada es comparable con una no vinculada³¹. Dichos factores son:

- a) Características del producto o servicio: se refiere a la naturaleza de la prestación principal de la obligación, por ejemplo, en el caso de un “bulk”, que es un concentrado de plomo, cobre y plata, con diversas características que varían según su origen o embarque, al no tener precio de cotización, por no ser un commodity como lo es el plomo, complica obtener un comparable externo para aplicar un método tradicional³².
- b) Análisis funcional: determina las actividades realizadas por las partes vinculadas, los límites de responsabilidad asumidas por cada uno, permite conocer si es razonable que la empresa vinculada realice una determinada actividad por la retribución pactada, y si una empresa independiente lo haría por la misma retribución, además, en el caso de que una sola parte asuma el riesgo, se debe determinar si la empresa independiente lo haría y cuanto cobraría. Como vemos, para el análisis funcional se tomará en cuenta el servicio brindado o el bien que debe entregarse, las actividades y riesgos relacionados con dicho

³⁰Cfr. FMI; OCDE; ONU; y GMB. *Guía práctica para afrontar las dificultades asociadas con la falta de comparables en los análisis de precios de transferencia*, 2017. [ubicado el 05.X 2017]. Obtenido en: <http://documentos.bancomundial.org/curated/es/406401503666416479/The-platform-for-collaboration-on-tax-a-toolkit-for-addressing-difficulties-in-accessing-comparables-data-for-transfer-pricing-analyses>, p.11.

³¹Cfr. Ibídem, p. 20.

³²Cfr. ZUZUNAGA DEL PINO, Fernando. *El principio de “Arm’s lenght” y el llamado “sexto método” en la fijación de precios de concentrados mineros peruanos*, Tesis para optar el grado de Magister, Lima, P.U.C.P., 2017, p.31.

servicio o bien, teniendo en cuenta: el diseño, compras, distribución, comercialización, transporte, etc³³.

- c) Cláusulas contractuales: se relaciona con el análisis funcional, pues las condiciones contractuales dependen de los riesgos asumidos. Se debe ver si la conducta de las partes es acorde a las condiciones del contrato, de lo contrario, hay que determinar las verdaderas condiciones que rigen a la operación entre las partes vinculadas, por lo que, no debemos limitarnos a lo señalado o a la existencia de un contrato³⁴.
- d) Circunstancias económicas: se refiere a la importancia del mercado en el que se efectúan las operaciones, pues los precios pueden ser diferentes dependiendo la zona geográfica en la que se ubiquen las empresas. Es así que, existen grupos multinacionales que ofrecen productos o servicios distintos en cada país, o desarrollan funciones significativamente distintas en cada país, o situaciones en las que las estrategias empresariales o las circunstancias económicas son significativamente distintas³⁵.
- e) Estrategias mercantiles: se debe analizar las estrategias de mercado para determinar la comparabilidad entre operaciones vinculadas y no vinculadas. Para ello, debemos conocer cómo compite la empresa, si se trata de un negocio nuevo en el mercado, si las estrategias comerciales han sido ideadas por un grupo multinacional o un miembro aisladamente, cuáles son las modalidades usadas por las empresas para ser un negocio en marcha y cómo se ajustan al principio de plena competencia³⁶.

Al respecto, la legislación peruana en el artículo 32-A° inciso d) de la LIR, prescribe que las transacciones entre partes vinculadas o las que se realicen desde, hacia o a través de países o territorios no cooperantes o de baja o nula imposición; o a las que se realicen con sujetos cuyas rentas, ingresos o ganancias provenientes de dichas transacciones están sujetos a un régimen fiscal preferencial, serán

³³Cfr. PICÓN GONZALES, Jorge. "Manual de Precios de transferencia". En: IFA – Perú (Coord.), *Precios de Transferencia*, Lima, IFA – Perú, 2008, pp.75-76.

³⁴Cfr. APAZA MEZA, Mario. *Guía Práctica para la Elaboración y Planeación de Precios de Transferencia*, Lima, INFINEG, 2008, pp.64-65.

³⁵Cfr. SUÁREZ MOSQUERA, Carlos. "Los métodos de valorización de operaciones vinculadas y empresas multinacionales", *Crónica Tributaria*, N°157, 2015, p.217.

³⁶Cfr. LANDETA HIDALGO, Evelin. *Factibilidad de la aplicación del "Sexto Método" en materia de precios de transferencia y su eficacia como mecanismo de control en el Ecuador*, Tesis para optar el grado de Magíster, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar de Ecuador, 2017, p.28.

comparables con las realizadas entre independientes, en condiciones iguales o similares, cuando se cumpla alguna de las siguientes condiciones: “a) ninguna de las diferencias entre las transacciones comparables o entre las características de las partes que las realizan, puede afectar materialmente el precio, el monto de contraprestaciones o margen de utilidad; y b) existan diferencias entre las transacciones comparables o en las características de las partes, que pueden afectar el precio, monto de contraprestaciones o margen de utilidad, y pueden ser eliminadas mediante ajustes razonables”.

Incluso, el Perú considera los factores de comparabilidad señalados en las mencionadas Directrices, así el artículo 32-A inciso d) de la LIR dispone que “para determinar si las transacciones son comparables se tomarán en cuenta aquellos elementos o circunstancias que reflejen en mayor medida la realidad económica de las transacciones, dependiendo del método seleccionado, considerando, entre otros, los siguientes elementos: i) las características de las operaciones; ii) las funciones o actividades económicas, incluyendo los activos utilizados y riesgos asumidos en las operaciones, de cada una de las partes involucradas en la operación; iii) los términos contractuales; iv) las circunstancias económicas o de mercado; y v) las estrategias de negocios, incluyendo las relacionadas con la penetración, permanencia y ampliación del mercado”.

Por tanto, el principio de plena competencia es aquel que busca comparar las operaciones entre empresas vinculadas con aquellas realizadas por empresas independientes, para lo cual se debe considerar el precio del bien o servicio en el mercado entre partes independientes, asimismo, su aplicación exige un adecuado análisis de comparabilidad.

1.2.2. Metodología de precios de transferencia

Los métodos de precios de transferencia son la materialización del principio de plena competencia³⁷ y son necesarios para establecer los precios de transferencia, así debemos identificar el método más fiable, lo que dependerá de la delimitación de la operación y de la disponibilidad de comparables potenciales para aplicar el método seleccionado, pues cuando no es posible encontrar información sobre

³⁷Cfr. Ibídem, p. 29.

operaciones comparables o realizar los ajustes necesarios, los contribuyentes pueden recurrir a otro método para determinar los precios de transferencia³⁸.

Entre los métodos de precios de transferencia encontramos los métodos tradicionales o basados en las operaciones y los métodos no tradicionales o basados en el resultado de las operaciones³⁹, los que veremos a continuación:

TABLA N°02
MÉTODOS TRADICIONALES BASADOS EN LAS OPERACIONES

MÉTODO	CONTENIDO	EJEMPLO
Método de precio comparable no controlado o CUP (<i>Comparable Uncontrolled Price Method</i>)	<ul style="list-style-type: none"> - Es el método preferido ya que cuando su aplicación es posible y ofrece resultados confiables, no es necesario acudir a otro método⁴⁰. - Consiste en comparar el precio fijado para bienes o servicios en una operación vinculada con el precio fijado para bienes o servicios en una operación no vinculada, en circunstancias comparables⁴¹. - En la legislación peruana, se ha regulado en el artículo 32-A en el numeral 1, inciso e de la LIR, que establece que “consiste en determinar el valor de mercado de bienes y servicios entre partes vinculadas considerando el precio o el monto de las contraprestaciones que se hubieran pactado con o entre partes independientes en operaciones comparables”, por lo que, sigue el mismo criterio de la OCDE. 	Una empresa de Japón (Empresa A) produce insumos electrónicos que vende a su subsidiaria de Perú (Empresa B), además, la Empresa A vende los insumos electrónicos a clientes domiciliados en el Perú, con los que no tiene vinculación económica. Para establecer si en la transferencia de insumos de la Empresa A a la Empresa B se ha observado el principio de la plena competencia, se debe comparar el valor asignado en esa operación controlada con aquel que corresponde a operaciones comparables que la Empresa A realiza con terceros no vinculados ⁴² .
Método del precio de reventa RP (<i>Resale Price method</i>)	- Consiste en comparar el margen del precio de reventa que el adquiriente de bienes o servicios en una operación vinculada obtiene de la reventa de esos bienes o servicios en una operación no vinculada con el margen del precio de reventa que	Dos distribuidores vendiendo un mismo producto en el mismo mercado con el mismo nombre comercial. Tenemos que el distribuidor A no incluye la garantía como parte de la estrategia de precios y vende su producto a un precio más elevado que le da un margen de utilidad bruta mayor (no se toman en cuenta los costos

³⁸Cfr. FMI; OCDE; ONU; y GMB, Op. Cit., p. 26.

³⁹Cfr. AGUILAR, Op. Cit., pp. 25-26.

⁴⁰Cfr. GOLDEMBERG, Op. Cit., p.529.

⁴¹Cfr. CIAT. *Aspectos generales sobre el efecto de la inflación en los procesos de fijación y ajuste de los precios de transferencia*, 2013 [ubicado el 25.IX 2017]. Obtenido en: <https://biblioteca.ciat.org/opac/book/5245>, p.21.

⁴²Cfr. GARCÍA SCHRECK, Marcial. “Precios de transferencia en el Perú: ¿Estamos verdaderamente preparados?”, 2001 [ubicado el 15.X 2018]. Obtenido en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/issue/view/1305>, p.258.

	<p>se obtiene en operaciones de adquisición y reventa similares no vinculadas⁴³.</p> <p>- En la legislación peruana, se encuentra regulado en el numeral 2, inciso e) del artículo 32-A° de la LIR, que señala que “consiste en determinar el valor de mercado de adquisición de bienes y servicios en que incurre un comprador respecto de su parte vinculada, los que luego son objeto de reventa a una parte independiente, multiplicando el precio de reventa establecido por el comprador por el resultado que proviene de disminuir, de la unidad, el margen de utilidad bruta que habitualmente obtiene el citado comprador en transacciones comparables con partes independientes o en el margen que habitualmente se obtiene en transacciones comparables entre terceros independientes. El margen de utilidad bruta del comprador se calculará dividiendo la utilidad bruta entre las ventas netas”.</p>	<p>por el servicio de garantía) que el distribuidor B, que vende su producto a un precio inferior. En este caso, los dos márgenes no son comparables hasta que un ajuste sea efectuado para tomar en consideración la diferencia⁴⁴</p>
<p>Método del coste incrementado CP (<i>Cost Plus</i>)</p>	<p>- Consiste en comparar los márgenes incrementados de los costos directos o indirectos que conlleva el suministro de bienes o servicios en una operación vinculada (generalmente no incluye gastos generales) con los márgenes incrementados de los costos directos o indirectos que conlleva el suministro de bienes o servicios en una operación no vinculada comparable. En cuanto a la aplicación de este método, resulta más importante determinar la base de costos apropiada que el monto del margen incrementado, sobre todo cuando se considere que el valor agregado de las actividades en cuestión es relativamente reducido. Además, este método suele ser asociado con fabricantes y proveedores de servicios que no asumen riesgos significativos o que explotan intangibles únicos y valiosos (por ejemplo, fabricantes por contrato), y en la práctica, mayormente se utiliza cuando se dispone de comparables internos, puede tratarse de un producto distinto con funciones, activos y riesgos comparables⁴⁵.</p> <p>- En el Perú, el inciso e) numeral 3 del artículo 32-A° de la LIR señala que este método “consiste en determinar el valor de mercado de bienes y servicios que un proveedor transfiere a su parte vinculada, multiplicando el costo incurrido por tal proveedor, por el resultado que proviene de sumar a la unidad el margen de costo adicionado que habitualmente obtiene ese proveedor en transacciones comparables con partes independientes o en el margen que habitualmente se obtiene en transacciones comparables entre terceros independientes. El margen de costo</p>	<p>A es un productor doméstico de mecanismos de relojería para el mercado de relojes y vende sus productos a su subsidiaria B, que se ubica en el extranjero. A obtiene una utilidad bruta por un margen añadido de 5% en cuanto a su operación de manufactura, y considera como gastos de operación los de supervisión, administrativos, y generales, dichos costos no están reflejados en el costo de bienes vendidos. Por otro lado, X, Y y Z son productores domésticos no relacionados de mecanismos de relojería y obtienen utilidades brutas de márgenes añadidos por sus operaciones de manufactura que varían del 3% al 5%, y las utilidades brutas de márgenes añadidos para X, Y y Z incorporan los costos de supervisión administrativos y generales como parte del costo de ventas, en consecuencia, las utilidades brutas de márgenes añadidos de X, Y y Z deberán ser ajustados a fin de que exista consistencia contable con las empresas vinculadas⁴⁶.</p>

⁴³Cfr. FMI; OCDE; ONU; y GMB, Op. Cit., p.27.

⁴⁴Cfr. AGUILAR, Op. Cit., pp. 22-23.

⁴⁵Cfr. FMI; OCDE; ONU; y GMB, Op. Cit., p.28.

⁴⁶Cfr. AGUILAR, Op. Cit., pp. 22-23.

	adicionado se calculará dividiendo la utilidad bruta entre el costo de ventas".	
--	---	--

Fuente: Elaboración propia.

TABLA N°03

MÉTODOS BASADOS EN EL RESULTADO DE LAS OPERACIONES

MÉTODO	CONTENIDO	EJEMPLO
Método del margen neto operacional (<i>Transactional Net Margin</i>)	<p>- En este método a partir de una base adecuada (costos, ventas activos) se debe determinar el margen neto de beneficio que obtiene el propio contribuyente de una operación vinculada y compararlo con el margen neto de beneficio obtenido en operaciones no vinculadas comparables. Por ello, el beneficio neto en libre competencia se puede determinar tomando el margen de beneficio neto que el contribuyente obtiene de operaciones comparables realizadas en el mercado libre (comparables internos) o tomando como referencia el margen de beneficio neto obtenido por una empresa independiente en una operación comparable (comparables externos)⁴⁷.</p> <p>- En la legislación peruana en el numeral 6, inciso e) del artículo 32-A° de la LIR se establece que "consiste en determinar la utilidad que hubieran obtenido partes independientes en operaciones comparables, teniendo en cuenta factores de rentabilidad basados en variables, tales como activos, ventas, gastos, costos, flujos de efectivo, entre otros".</p>	Existen dos distribuidores vendiendo el mismo producto en un mismo mercado, con el mismo nombre comercial, sin embargo, el distribuidor A garantiza el producto y el distribuidor B no, resultando imposible cuantificar el importe de gastos de garantía en que incurre A. Entonces, al no existir otra diferencia funcional relevante entre A y B, y conociendo la relación entre el beneficio neto de A y sus ventas, se puede aplicar este método a B, comparando el margen de A calculado sobre la ratio de venta a beneficio neto, con el margen de B calculado sobre la misma base ⁴⁸ .
Método de distribución del resultado (<i>Profit Split</i>)	- Consiste en asignar a cada empresa asociada participante en una operación vinculada, la porción del beneficio o pérdida conjunto derivado de esa operación que una empresa independiente esperarí obtener al participar en una operación no vinculada comparable. Además, se aplica cuando no se dispone de comparables y puede ser el más indicado cuando las operaciones comerciales de las empresas asociadas están altamente integradas, o ambas partes realizan aportaciones únicas y valiosas, por ejemplo, tienen derecho a los beneficios de la explotación de intangibles únicos y valiosos ⁴⁹ .	A y B son empresas vinculadas, A vende a B una licencia de uso, para determinar el precio de transferencia se debe asignar a cada parte vinculada la parte del resultado común derivado de dicha operación, en función de un criterio que refleje las condiciones que habrían suscrito personas o entidades independientes en circunstancias similares.

⁴⁷Cfr. ZUZUNAGA, Tesis para optar el grado de Magister, Op. Cit., pp. 37-38.

⁴⁸Cfr. OECD. Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias 2017, 2017 [ubicado el 16.IX 2019]. Obtenido en: <http://www.oecd.org/tax/directrices-de-la-ocde-aplicables-en-materia-de-precios-de-transferencia-a-empresas-multinacionales-y-administraciones-tributarias-9789264202191-es.htm>, p.151.

⁴⁹Cfr. FMI; OCDE; ONU; y GMB, Op. Cit., pp. 29-31.

	<p>- El Perú en el inciso e), numeral 4 del artículo 32-A° de la LIR señala que “consiste en determinar el valor de mercado de bienes y servicios a través de la distribución de la utilidad global, la cual se obtiene de la suma de utilidades parciales de cada una de las transacciones entre partes vinculadas, en la proporción que hubiera sido distribuida entre partes independientes, para lo cual se toma en cuenta, las ventas, gastos, costos, riesgos asumidos, activos implicados y las funciones desempeñadas por las partes vinculadas”.</p> <p>El método residual de partición de utilidades se encuentra regulado en el inciso e) numeral 5 del artículo 32-A° de la LIR, que dispone que en este método se determina el valor de mercado de bienes y servicios, distribuyendo de la siguiente manera la utilidad global: a) determina la utilidad mínima que corresponde a cada parte mediante la aplicación de cualquiera de los siguientes métodos: precio comparable no controlado, precio de reventa, costo incrementado, partición de utilidades, margen neto transaccional, sin tomar en cuenta la utilización de intangibles significativos, y b) luego, determina la utilidad residual disminuyendo la utilidad mínima de la utilidad global. La utilidad residual será distribuida entre las partes vinculadas, tomando en cuenta diversos elementos como los intangibles significativos utilizados, en la proporción que hubiera sido distribuida con o entre partes independientes⁵⁰.</p>	<p>Primero, se debe determinar el beneficio total de la operación y después establecer qué parte del beneficio corresponde a cada uno.</p>
--	---	--

Fuente: Elaboración propia.

1.3. Métodos de precio de transferencia aplicable a las transacciones con commodities

Respecto al método de precio de transferencia aplicable a las transacciones con commodities, conforme a la OCDE debe ser aquel donde prime la selección del método más apropiado en casos particulares, mientras que el método de precio comparable no controlado es el generalmente apropiado. Cabe precisar, que la OCDE define a los commodities como aquellos productos físicos respecto de los cuales el valor de cotización es utilizado por partes independientes en la industria para fijar sus precios⁵¹. Asimismo, Cosette manifiesta que los commodities son aquellos productos que independientemente del lugar donde se obtienen o quién

⁵⁰Cfr. CATAORA CHAHUARES, Lorena. *Aplicación de los precios de transferencia entre empresas vinculadas y su incidencia en la determinación del impuesto a la renta caso Transportes Kala S.A.C. Arequipa-2015*, Tesis para optar al grado de Bachiller, Arequipa, U.N.S.A, 2016, pp. 39-41.

⁵¹Cfr. ZUZUNAGA, Tesis para optar el grado de Magister, Op. Cit., pp.76-78.

sea el productor, poseen características similares y sus precios son determinados en una bolsa de productos, por ello, pueden ser comprados o vendidos al mismo precio en cualquier lugar del mundo⁵².

1.3.1. Método del precio comparable no controlado

En la actualidad los *BEPS* se han convertido en un gran problema (*Base Erosion and Profit Shifting*, en castellano Erosión de la Base Imponible y Traslado de Beneficios), dicho término se refiere a la erosión de la base imponible y al traslado de beneficios mediante el aprovechamiento de la existencia de lagunas o mecanismos no deseados en los distintos sistemas impositivos nacionales, de los que se valen las empresas multinacionales, para desaparecer beneficios a efectos fiscales o trasladar beneficios a ubicaciones con escasa o nula actividad real⁵³.

La OCDE en el 2013 a través del Proyecto BEPS manifestó su preocupación por esta problemática, es así que, el 5 de octubre de 2015 se publicaron los reportes finales sobre las recomendaciones de la OCDE para contrarrestar los BEPS, que comprende 15 acciones⁵⁴. Entre estas, tenemos a la acción 10, mediante la cual se incluye adiciones a las guías de precios de transferencia publicadas por la OCDE y se establece que el método aplicable para las transacciones con commodities generalmente apropiado es el método de precio comparable no controlado – en adelante CUP- y que en casos particulares debe aplicarse un método basado en el principio de plena competencia, que resulte más apropiado⁵⁵.

Conforme al CUP, el precio puede ser determinado en base a operaciones no controladas y con referencia a cotizaciones de precios públicos provenientes del mercado internacional o doméstico y precios de reconocidas agencias de estadística o gubernamentales, que sirven de fuente para determinar precios de transacciones de commodities entre partes no relacionadas y que comúnmente la industria los utiliza para acordar las condiciones económicas de las transacciones. Además, las características de las transacciones entre las operaciones controladas

⁵²Cfr. COSSETE, Marie. *Aplicaciones de matemática y calculo a situaciones reales*, Lima, UPC, 2012, p.151.

⁵³Cfr. OECD. *10 preguntas sobre BEPS*, París, Ediciones OECD, 2017. [Acceso 05.10.2017]. En: <https://www.oecd.org/ctp/10-preguntas-sobre-beps.pdf>, p.1.

⁵⁴Cfr. RAMOS ANGELES, Jesús. "El Proyecto BEPS de la OCDE y el Mito del Fin de la Planificación Fiscal Internacional: Un Enfoque Crítico a Propósito de los Final Reports 2015", *Derecho & Sociedad*, N°45, octubre 2015, p.376.

⁵⁵Cfr. ZUZUNAGA, Tesis para optar el grado de Magister, Op. Cit, p.72.

y no controladas deben ser comparables, a fin de que resulte confiable la aplicación del CUP, entre dichas características tenemos las características físicas y calidad del commodity, los términos contractuales de la transacción como volumen, tiempo, términos de la entrega, transporte, seguros y moneda⁵⁶.

A fin de que la autoridad tributaria tenga evidencia para desarrollar auditorías, los contribuyentes deben brindar evidencia y soportes de sus políticas de determinación de precios de commodities dentro de la documentación de sus operaciones intercompañía, presentando fórmulas de determinación de precios, contratos con consumidores finales, primas o descuentos aplicados, la fecha de fijación del precio, información de la cadena de valor de la industria, entre otros⁵⁷.

Por otro lado, resulta importante la fecha de fijación del precio de transferencia, puesto que para determinar las condiciones económicas de operaciones controladas se utiliza cotizaciones públicas de precios de commodities. Sobre ello, la OCDE plantea que debe considerarse el momento específico seleccionado por las partes para establecer el precio de la operación de compra o venta de commodities, y que la fecha se determinará conforme a los siguientes criterios:

- 1) En primer lugar, la autoridad tributaria debe determinar los precios de transferencia de los commodities con base en la fecha establecida por las partes, cuando el contribuyente brinda evidencia confiable (propuestas y aceptación de condiciones, contratos y otros documentos que detallen los términos de las transacciones) de que la fecha pactada en la operación controlada es coherente con la conducta de las partes y las prácticas de la industria en la que opera.
- 2) La autoridad tributaria puede determinar una fecha diferente que esté de acuerdo con la práctica normal de la industria o de las partes independientes, si la fecha de determinación de precios pactada por las partes relacionadas no es coherente con dichas prácticas.
- 3) La autoridad tributaria puede fijar una fecha para la determinación del precio equivalente a la del día del embarque, ante la ausencia de evidencia confiable de la fecha de fijación de precios entre partes relacionadas⁵⁸.

⁵⁶Cfr. EY Colombia. *Beps Acción 10*, Op. Cit., p.2.

⁵⁷Cfr. Ídem.

⁵⁸Cfr. Ídem

Por tanto, en las transacciones con commodities resulta generalmente apropiado aplicar el método de precio comparable no controlado, conforme al cual el precio puede determinarse en base a operaciones no controladas y con referencia a cotizaciones de precios públicos y precios de reconocidas agencias de estadística o gubernamentales. No obstante, debe aplicarse un método basado en el principio de plena competencia en casos particulares, en los que el método de precio comparable no controlado no sea apropiado.

1.3.2. El “sexto método” en Argentina

Si bien las Directrices de precios de transferencia de la OCDE para empresas multinacionales y administraciones tributarias establecen determinados métodos para fijar los precios de transferencia, algunas administraciones tributarias han desarrollado metodologías específicas para impedir que se afecten sus bases tributarias. Así, Argentina ha incorporado en su ordenamiento tributario un método conocido como “el sexto método”, el cual es una variante del CUP⁵⁹.

En un principio Argentina, a pesar de no ser miembro de la OCDE, conforme a las Directrices sobre precios de transferencia, incorporó normas de precios de transferencia en la Ley de Impuesto a las Ganancias -en adelante LIG- en diciembre de 1998 mediante la Ley 25.063⁶⁰, estableciendo en el artículo 15° los cinco métodos consagrados por la OCDE, para el caso de exportación de commodities a partes vinculadas o residentes en jurisdicciones de baja o nula tributación. Luego, mediante la Ley 25.784⁶¹, en octubre de 2013, modificó el artículo 15° de la LIG, incorporando un método que sería denominado por la jerga tributaria como el sexto método⁶², al encontrarse regulado en el sexto párrafo de dicho artículo.

⁵⁹Cfr. TC; CIAT; y GIZ. El Control de la Manipulación de los Precios de Transferencia en América Latina y el Caribe, 2013 [ubicado el 15.IX 2017]. Obtenido en: <https://biblioteca.ciat.org/opac/book/5095>, p. 60.

⁶⁰Ley 25.063: Modificaciones en los Impuestos al Valor Agregado, a las ganancias y sobre los Bienes Personales, en el Régimen de los Recursos de la Seguridad Social y el Código Aduanero. Creación del Impuesto sobre los Intereses Pagados y el Costo Financiero del Endeudamiento Empresarial y el Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta. Ley sancionada el 7 de diciembre de 1998 y promulgada parcialmente el 24 de diciembre de 1998.

⁶¹LEY 25.784: Ley de Impuesto a las Ganancias. Modificación, publicada el 22 de octubre de 2013.

⁶²Cfr. OSMAN, Juan. *El denominado «sexto método» de los precios de transferencia y su impacto en la exportación de commodities*, 2016 [ubicado el 15.X 2017]. Obtenido en: [https://www.academia.edu/25688196/El denominado sexto m%C3%A9todo de los precios de transferencia y su impacto en la exportaci%C3%B3n de commodities](https://www.academia.edu/25688196/El_denominado_sexto_m%C3%A9todo_de_los_precios_de_transferencia_y_su_impacto_en_la_exportaci%C3%B3n_de_commodities), p.5.

La implementación del sexto método, se debe a que la administración general de ingresos públicos (AFIP) comenzó a observar que los grandes grupos exportadores, especialmente los vinculados al sector de granos, aceites y oleaginosas, hidrocarburos, minería y pesca, desarrollaban la maniobra de la “triangulación”, es decir, facturan los bienes a un destino, pero envían la mercadería a otro destino utilizando intermediarios radicados en jurisdicciones de baja o nula tributación o en algún régimen impositivo preferencial, a fin de reducir la carga impositiva en Argentina mediante la atribución de la renta a un intermediario⁶³.

FIGURA N°01
MANIOBRA DE LA TRIANGULACIÓN



Fuente: CURIEN, Horacio. “Métodos específicos para el control de precios de transferencia” en *Aspectos de la Tributación Internacional que afectan en la gestión de las Administraciones Tributarias*, Buenos Aires, CIAT, 2013, p.144.

El sexto método se encuentra regulado en el sexto párrafo del artículo 15° de la LIG, que dispone:

“(…) cuando se trate de exportaciones realizadas a sujetos vinculados, que tengan por objeto cereales, oleaginosas, demás productos de la tierra, hidrocarburos y sus derivados, y, en general, bienes con cotización conocida en mercados transparentes, en las que intervenga un intermediario internacional que no sea el destinatario efectivo de la mercadería, se considerará como mejor método a fin de determinar la renta de fuente Argentina de la exportación, el valor de cotización del bien en el mercado transparente del día de la carga de la mercadería (el subrayado es nuestro) - cualquiera sea el medio de transporte-, sin considerar el precio al que hubiera sido pactado con el intermediario internacional.

⁶³Cfr. CURIEN, Horacio. “Métodos específicos para el control de precios de transferencia”. En: CIAT (Coord.), *Aspectos de la Tributación Internacional que afectan en la gestión de las Administraciones Tributarias*, 2013 [ubicado el 06.IX 2017]. Obtenido en: <https://biblioteca.ciat.org/opac/book/5133>, p.141-142.

No obstante, lo indicado en el párrafo anterior, si el precio convenido con el intermediario internacional, fuera mayor al precio de cotización vigente a la fecha mencionada, se tomará el primero de ellos para evaluar la operación (el subrayado es nuestro)”

Conforme, a la mencionada disposición, los requisitos fácticos que deben reunirse para su aplicación son:

a) Tratarse de exportaciones realizadas entre sujetos vinculados, los que según el artículo 15° de la LIG son aquellos que "estén sujetos de manera directa o indirecta a la dirección o control de las mismas personas físicas o jurídicas o éstas, sea por su participación en el capital, su grado de acreencias, sus influencias funcionales o de cualquier otra índole, contractuales o no, tengan poder de decisión para orientar o definir la o las actividades de las mencionadas sociedades, establecimientos u otro tipo de entidades”.

b) El objeto de la exportación deben ser: cereales, oleaginosas, productos de la tierra, hidrocarburos y sus derivados, en general commodities. Asimismo, se aplica el sexto método de acuerdo al décimo y undécimo párrafo “cuando la naturaleza y características de las operaciones internacionales así lo justifiquen”, y si la AFIP comprueba “que las operaciones entre sujetos vinculados se realizaron a través de un intermediario internacional que, no siendo el destinatario de las mercaderías, no reúne conjuntamente los requisitos detallados en el octavo párrafo”.

c) Debe haber triangulación, es decir, en la operación debe intervenir un intermediario internacional que no es el destinatario efectivo de la mercadería⁶⁴.

Sin embargo, el sexto método no se aplicará, conforme al octavo párrafo del artículo 15° de la LIG, cuando el contribuyente suministre prueba fehaciente de que la transacción ha sido realmente concertada. Debiendo demostrar que el intermediario del exterior reúne los siguientes requisitos:

a) Tiene real presencia en el territorio de residencia, cuenta con un establecimiento comercial donde sus negocios son administrados, cumple con los requisitos legales de constitución e inscripción y de presentación de estados contables. Los activos, riesgos y funciones asumidos por el intermediario internacional son acordes a los volúmenes de las operaciones negociadas;

⁶⁴Cfr. OSMAN, Op. Cit., pp. 6-7.

b) Su actividad principal no es la obtención de rentas pasivas, ni la intermediación en la comercialización de bienes desde o hacia Argentina, o con otros miembros del grupo económicamente vinculado; y

c) Sus operaciones de comercio internacional con otros integrantes del mismo grupo económico no superan el 30% del total anual de las operaciones concertadas por la intermediaria extranjera⁶⁵.

El objetivo principal del sexto método es la valuación de las transacciones entre partes relacionadas que cumplen con los requisitos señalados por la normativa, por lo que, independientemente de la fecha en que se realiza o pacta un contrato entre las partes vinculadas (donde radica el principal riesgo), para la determinación de los valores a tributar se utiliza el valor del bien en el mercado transparente a la fecha de embarque del mismo⁶⁶.

La principal ventaja del sexto método es controlar severamente el riesgo en las transacciones entre vinculadas que utilizan intermediarios, para direccionar las utilidades obtenidas en la transacción de los bienes a jurisdicciones de menor imposición. No obstante, la principal desventaja de este método radica en su rigurosidad, pues su aplicación exige información pública sobre los bienes en mercados transparentes y que dicha valuación exista el día en que la mercadería fue embarcada⁶⁷.

El sexto método ha recibido diversas críticas, ya que ignora las condiciones pactadas por las partes sustituyéndolas por una hipotética operación cerrada el día en que finaliza la carga de la mercadería, sin considerar que el precio se fija al concertar la transferencia, ocasión previa al embarque. Incluso, a diferencia del CUP, en su aplicación no se tiene en cuenta todos los elementos de comparabilidad, en especial las condiciones de venta como los plazos de entrega, volúmenes negociados y las circunstancias del negocio⁶⁸.

El sexto método es una técnica fiscal que se aparta del principio de plena competencia, al no considerar en la valoración las condiciones de mercado comparables y fijando el precio de bienes según su cotización del día de embarque en mercados transparentes. Por ello, se dice que es un método anti CUP, en tanto

⁶⁵Cfr. Ibídem, p.8.

⁶⁶Cfr. ITC; CIAT; y GIZ, Op. Cit., p. 62.

⁶⁷Cfr. Ibídem, p. 62-63.

⁶⁸Cfr. GOLDEMBERG, Op. Cit., pp. 519-521.

no hay conexión lógica entre el hecho de que las partes sean independientes con el valor a la fecha de carga de la mercadería⁶⁹.

Además, este método ha sido implementado en los mismos términos o con ciertas variantes, por los países de la región, en especial por países dependientes de productos agrícolas o recursos naturales no renovables⁷⁰. Así Brasil, Ecuador, Guatemala, Perú y Uruguay han recogido la experiencia Argentina⁷¹.

Conforme a la OCDE el sexto método debe ser considerado como una medida excepcional y de carácter subsidiario, que procede en aquellos casos en los que el contribuyente no aporte prueba sobre la fecha de concertación de la operación, o cuando la documentación aportada por el contribuyente presenta inconsistencias y no es posible determinar otra fecha acorde a las prácticas del mercado⁷².

En conclusión, el sexto método determina los precios de transferencia de los commodities según el valor de cotización del bien a la fecha de embarque (exportación), sin considerar las condiciones pactadas por las partes vinculadas, además, ha sido recogido en diversas legislaciones latinoamericanas.

1.3.3. El “sexto método” en Perú establecido en el artículo 32-A° del Decreto Legislativo N°1312

Mediante la Ley N°30506⁷³, se delega al Poder Ejecutivo facultades para legislar en diversas materias, entre las cuales se encontraba adecuar la legislación nacional a los estándares y recomendaciones internacionales emitidos por la OCDE sobre precios de transferencia, y en uso de dichas facultades delegadas el Poder Ejecutivo dicta el Decreto Legislativo N°1312⁷⁴, vigente a partir del 01 de enero de 2017, que modifica la LIR, introduciendo un nuevo “sexto método” en el numeral 1) inciso e) del artículo 32-A° de la LIR.

Conforme a la exposición de motivos del Decreto Legislativo N°1312, se justifica la introducción del nuevo “sexto método”, debido al fracaso del antiguo “sexto método”

⁶⁹Cfr. OSMAN, Op. Cit., p. 9.

⁷⁰Cfr. ITC; CIAT; y GIZ, Op. Cit., p. 63.

⁷¹Cfr. ARIAS, Op. Cit. pp.100-101.

⁷²Cfr. OSMAN, Op. Cit., p.14.

⁷³Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización de Petroperú S.A. - Ley N° 30506, publicada el 09 de octubre de 2016.

⁷⁴Decreto Legislativo N°1312 que modifica la Ley de Impuesto a la Renta, publicado el 31 de diciembre de 2016 y vigente a partir del 01 de enero de 2017.

introducido mediante el Decreto Legislativo N°1120⁷⁵, vigente a partir del 1 de enero de 2013, a través del cual se incorporaron cuatro párrafos al numeral 1 inciso e) del artículo 32-A° de la LIR⁷⁶ referido al método de precio comparable no controlado, incluyendo el “sexto método” y cuatro criterios para determinar el valor de mercado de bienes y servicios entre partes vinculadas de los commodities y bienes que sin serlo, fijan su precio tomando como referencia el de un commodity en el mercado internacional, bolsas de comercio y similares, negociados en operaciones de importación o exportación.

Si bien se introdujo el “sexto método” para evitar la erosión fiscal, no logró ser un mecanismo eficiente por la ausencia de transparencia de los países o territorios de baja o nula imposición, que dificultó las acciones de control de la administración tributaria e incremento el riesgo de ser parte de largos procesos de reclamación e impugnación de los resultados de dichas acciones⁷⁷.

Incluso, el Fondo Monetario Internacional manifestó la necesidad de reconsiderar el “sexto método”, pues determinados requisitos anularían el propósito de la norma, y en algunos casos la medida sería demasiado estricta, además, permitir la elección

⁷⁵Decreto Legislativo N° 1120 que modifica la Ley del Impuesto a la Renta, publicado el 18 de julio de 2012.

⁷⁶Artículo 32-A del Decreto Legislativo N°1120 regula el método del precio comparable no controlado, señalando que: “(...) en las operaciones de importación o exportación de bienes entre partes vinculadas en las que intervenga un intermediario internacional que no sea el destinatario efectivo de dichos bienes, o en las operaciones de importación o exportación realizadas desde, hacia o a través de países o territorios de baja o nula imposición, se considerará como valor de mercado:

- (i) Tratándose de bienes con cotización conocida en el mercado internacional, bolsas de comercio o similares -commodities-, dicho valor de cotización.
- (ii) Tratándose de bienes agrarios y sus derivados, hidrocarburos y sus derivados, harina de pescado, y concentrados de minerales, cuyo precio se fije tomando como referencia el precio de un commodity en el mercado internacional, bolsas de comercio o similares, el precio fijado tomando como referencia el valor de cotización. El valor de cotización o el precio fijado tomando como referencia el valor de cotización, cualquiera sea el medio de transporte, será el correspondiente a: i) El día de término del embarque o desembarque de la mercadería; o ii) El promedio de cotizaciones de un periodo comprendido entre ciento veinte (120) días calendarios o cuatro (4) meses anteriores al término del embarque de la mercadería hasta ciento veinte (120) días calendarios o cuatro (4) meses posteriores al término del desembarque de la mercadería; o
- (iii) La fecha de suscripción del contrato; o
- (iv) El promedio de cotizaciones de un periodo comprendido desde el día siguiente de la fecha de suscripción del contrato hasta treinta (30) días calendarios posteriores a dicha fecha (...).”

⁷⁷Cfr. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Exposición de motivos del Decreto Legislativo que modifica la Ley del impuesto a la renta, 2017 [ubicado el 06.IX 2017]. Obtenido en: <http://www.congreso.gob.pe/comisiones2018/ConstitucionReglamento/dlexposicionmotivos/>, p. 2.

de la fecha del contrato para establecer el valor de los bienes generaría el traslado de las utilidades fuera del país⁷⁸.

En virtud de ello, el legislador peruano abandono el “sexto método” e introdujo el nuevo “sexto método” como una variante del método CUP, el cual se encuentra regulado en el numeral 1, inciso e) del artículo 32-A° de la LIR, que prescribe:

“(…)

En las operaciones de exportación o importación de bienes con cotización conocida en el mercado internacional, mercado local o mercado de destino, incluyendo los de instrumentos financieros derivados, o con precios que se fijan tomando como referencia las cotizaciones de dichos mercados, el valor de mercado se determina sobre la base de dichos valores de cotización.

Para determinar el valor de mercado, se debe considerar como fecha del valor de cotización la del término del embarque de bienes exportados o del desembarque de bienes importados (el subrayado y la cursiva es nuestra).

En el reglamento se señala la relación de bienes comprendidos en el segundo párrafo, el mercado o las características de éste del que se obtiene la cotización, la cotización a considerar de dicho mercado, y los ajustes que se aceptan para reflejar las características del bien y la modalidad de la operación.

Lo dispuesto en el segundo párrafo y siguientes de este numeral, será el método de valoración más apropiado respecto de los bienes que señale el reglamento” (el subrayado es nuestro).

De acuerdo al sexto método en las operaciones de importación y exportación de bienes con cotización conocida en el mercado internacional, local o de destino, incluyendo instrumentos financieros derivados o precios que se fijan tomado en cuenta las cotizaciones en dichos mercados, el valor de mercado se determina por la fecha de cotización de los bienes exportados en el término del embarque o de desembarque en el caso de bienes importados.

La principal crítica al sexto método es que establece el impuesto a la renta en función a la fecha de embarque o desembarque del producto, y no conforme a lo acordado entre las partes vinculadas. Según Renzo Pérez el sexto método prescinde del análisis comercial y establece una base imponible desventajosa, ya que “es como si te dijeran mañana que vas a pagar tus impuestos en función de un

⁷⁸Cfr. Ídem.

suelo de 1 200 cuando en realidad ganas 1000”⁷⁹, así dicho método genera que las empresas paguen un impuesto que no es coherente con el valor del bien.

Además, el sexto método se contradice con la acción 10 BEPS, que refiere que solo cuando el contribuyente no aporte justificaciones fiables de la fecha convenida, la administración tributaria puede considerar como valor de cotización la fecha de embarque o desembarque⁸⁰.

De modo que, la norma recaída en el numeral 1, inciso e) del artículo 32-A° de la LIR, que introduce el sexto método, sería inconstitucional, puesto que el Poder Ejecutivo se habría extra limitado en el uso de las facultades concedidas por el Poder Legislativo mediante la Ley N°30506. Teniendo en cuenta que conforme al artículo 104° de la Constitución⁸¹ “el Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa (...)”, por lo que, el Poder Legislativo no debió legislar respecto a una materia diferente a la delgada, la cual fue adecuar la legislación nacional a los estándares y recomendaciones internacionales emitidos por la OCDE sobre precios de transferencia, más no, a la legislación argentina.

En síntesis, el sexto método establece el valor de mercado de los commodities conforme a su valor de cotización en la fecha de embarque (exportación) o desembarque (importación), siendo su principal crítica el ignorar las prácticas en el mercado de commodities y las condiciones pactadas por las partes.

1.3.4. Aparente muerte al “Sexto Método” en el Perú conforme el Decreto Legislativo N° 1381

Mediante la Ley N° 30823⁸², se delega al Poder Ejecutivo facultades para legislar en diversas materias, entre las cuales se encontraba adecuar la legislación nacional a los estándares y recomendaciones internacionales emitidos por la OCDE sobre

⁷⁹Cfr. GESTIÓN, *Precios de transferencia: Discuten detalles que restan competitividad para atraer inversiones*, Op. Cit.

⁸⁰Cfr. PERÉZ, Op. Cit.

⁸¹ Constitución Política del Perú de 1993, promulgada el 29 de diciembre de 1993 y vigente desde el 1 de enero de 1994.

⁸²Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de gestión económica y competitividad, de integridad y lucha contra la corrupción, de prevención y protección de personas en situación de violencia y vulnerabilidad y de modernización de la gestión del Estado - Ley N° 30823, publicada el 02 de julio de 2018.

precios de transferencia, y en uso de dichas facultades delegadas el Poder Ejecutivo dicta el Decreto Legislativo N°1381⁸³, vigente a partir del 01 de enero de 2019, que modifica el numeral 1) inciso e) del artículo 32-A° de la LIR, el que regula el método del precio comparable no controlado.

De acuerdo a la exposición de motivos del Decreto Legislativo N°1381, la modificación efectuada por el Decreto Legislativo N°1312 que regula el “sexto método” tuvo como finalidad impedir la manipulación de los precios de transferencia por parte de las empresas vinculadas y a la vez, que en razón de ello, no se imponga un método que afecte los intereses de los contratantes, por lo que, al recibir la referida modificación una serie de críticas por no considerarse las prácticas comerciales al establecerse la fecha del valor de cotización, tomando como referencia lo indicado por la OCDE se ha modificado el tratamiento aplicable para a las operaciones de exportación o importación de bienes en el ámbito de precios de transferencia⁸⁴.

En razón de ello, el legislador peruano aparentemente abandono el “sexto método” y modifico el numeral 1, inciso e) del artículo 32-A° de la LIR, que prescribe:

“1) El método del precio comparable no controlado
(...)

En las operaciones de exportación o importación de bienes con cotización conocida en el mercado internacional, mercado local o mercado de destino, incluyendo los de instrumentos financieros derivados, o con precios que se fijan tomando como referencia las cotizaciones de los indicados mercados, el valor de mercado se determina sobre la base de tales valores de cotización. Para tales efectos, se considera como fecha del valor de cotización la fecha o periodo de cotización pactado que el contribuyente comunique a la SUNAT, siempre que sea acorde a lo convenido por partes independientes en condiciones iguales o similares.

El contribuyente debe presentar dicha comunicación conforme a lo establecido en el tercer y cuarto párrafos del inciso e) del presente artículo. Si la referida comunicación no es presentada o se presenta en forma extemporánea o incompleta, o contiene información no acorde a lo pactado, se considerará como fecha del valor de cotización la del término del embarque de bienes exportados. Tratándose de bienes importados, se considerará como fecha del valor de cotización la del término del desembarque.

En el reglamento se señala la relación de bienes comprendidos en el segundo párrafo, el mercado o las características de éste del que se obtiene la

⁸³Decreto Legislativo N°1381 que modifica la Ley de Impuesto a la Renta, publicado el 24 de agosto de 2018 y vigente a partir del 01 de enero de 2019.

⁸⁴ Cfr. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Exposición de motivos del Decreto Legislativo que modifica la Ley del impuesto a la renta, Lima, 2019 [ubicado el 30. IX 2019]. Obtenido en: <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2018/Agosto/24/EXP-DL-1381.pdf>, p.27.

cotización, la cotización a considerar de dicho mercado, y los ajustes que se aceptan para reflejar las características del bien y la modalidad de la operación.

En caso el contribuyente utilice un método distinto para el análisis de las operaciones a que se refiere el segundo párrafo y siguientes de este numeral, debe presentar ante la administración tributaria la documentación sustentatoria correspondiente, así como las razones económicas, financieras y técnicas que justifique su utilización" (el subrayado es nuestro).

Como vemos, a diferencia del “sexto método” regulado en el Decreto Legislativo N°1312 que establecía el valor de mercado de los commodities conforme a su valor de cotización en la fecha de embarque o desembarque, el Decreto Legislativo N°1381 determina el valor de mercado de los bienes exportados (cobre, oro, plata, zinc y harina de pescado), y bienes importados (maíz, la soya y el trigo) conforme al anexo 2 del RLIR, de acuerdo a los valores de cotización de la fecha o periodo de cotización pactado que el contribuyente comunique a la SUNAT, siempre que sea acorde a lo convenido por partes independientes en condiciones iguales o similares; no obstante, si la comunicación no se presenta, se presenta de forma extemporánea o incompleta, o contiene información no acorde a lo pactado, se aplicará el sexto método, es decir, se considerada como fecha del valor de cotización la del término del embarque o desembarque.

Cabe precisar que, dicha comunicación tiene el carácter de declaración jurada y debe ser presentada con una anterioridad no menor de 15 días hábiles de la fecha de inicio del embarque o desembarque⁸⁵. Al respecto, el numeral 3 del artículo 113-A del RLIR establece que la referida comunicación debe contener: a) la identificación de la contraparte y representante que interviene en el contrato, b) contrato u otro documento que contenga los términos de lo convenido por las partes, c) fecha del contrato, d) fecha de inicio y finalización del contrato, e) fecha o periodo de cotización para determinar el valor de cotización del bien, así como el mercado internacional tomado como referencia, f) tipo y descripción comercial del bien, a través de la Declaración Aduanera de Mercancías (DAM) a nivel de series y la SubPartida nacional, g) descripción de la unidad de medida y cantidad, h)

⁸⁵Cfr. PUGA, Miguel. “Modificaciones al Régimen de Precios de Transferencia”, Análisis Tributario, N° 368, septiembre 2018, p.18.

plazos y condiciones de entrega del bien: Incoterm⁸⁶ pactado, fecha de entrega, tipo de transporte, identificación del puerto de embarque y puerto de destino, seguros, i) régimen aduanero, j) identificación del destinatario en el caso de exportaciones, k) monto de la transacción en la moneda bajo la cual se pactó el contrato, si se trata de un precio fijo indicar el valor; en caso de precio variable indicar la fórmula de fijación del precio describiendo las variables que conforman la fórmula, l) otras condiciones que puedan afectar el precio final y que no formen parte de la mencionada fórmula, tales como descuentos, costos de refinación, costos de tratamiento, premios u otras variables que afecten el valor final, y m) la indicación del método que corresponda si se ha utilizado un método distinto al método del precio comparable no controlado, adjuntando el informe técnico y la documentación sustentadora.

La referida comunicación se considera incompleta cuando no se adjunte en formato digital el contrato u otro documento en el que consten los términos de lo convenido por las partes, o no se registre la información de los incisos a) al l) del numeral 3 del artículo 113-A del RLIR, además, la administración tributaria considera que la comunicación contiene información no acorde a lo pactado cuando esta difiera de la información obtenida en un procedimiento de verificación y/o fiscalización, salvo en los que se deba a los ajustes, conforme al numeral 4 y 5 del artículo 113-A del RLIR. En cuanto a los ajustes el numeral 2 del artículo 113-A del RLIR, precisa que dichos ajustes deben acreditarse con documentación técnica especializada como informes de laboratorio, bases de datos o revistas especializadas, procediendo los ajustes respecto a: los premios, descuentos y penalidades, los diferenciales, los gastos de tratamiento o maquila y los gastos de refinación⁸⁷.

Cabe precisar que, la documentación exigida en el numeral 3 del artículo 113-A del Reglamento de la Ley de Impuesto a la Renta⁸⁸ no es acorde con lo que la OCDE

⁸⁶El incoterm se trata de un término universal que define una transacción entre importador y exportador, así ambas partes conocen las tareas, costos, riesgos y responsabilidades, además, del manejo logístico y de transportación desde la salida del producto hasta la recepción por el país importador. Así tenemos el incoterm EXW: En fábrica, conforme al cual el vendedor debe entregar las mercancías empacadas y embaladas apropiadamente para su exportación, en su establecimiento (taller, bodega, almacén, etc.) o en otro lugar convenido. Cfr. COMERCIO Y ADUNAS. *ExWorks ejemplo: Incoterms 2020*, 2019 [ubicado el 06.IX 2019]. Obtenido en: <https://www.comercioyaduanas.com.mx/incoterms/incoterm/ejemplo-incoterm-exw/>

⁸⁷Cfr. DELOITTE, Op. Cit.

⁸⁸Decreto Supremo N°122-94-EF - Reglamento de la Ley de Impuesto a la Renta

plantea para efectos de valorar productos con cotización conocida en el mercado internacional (“commodities”), dado que la OCDE, entre la documentación que recomienda que se debe proporcionar incluye a la política de fijación de precios para transacciones con materias primas, los acuerdos con clientes finales independientes, información sobre la cadena de suministro e información preparada con fines distintos a los fiscales, etc⁸⁹, a diferencia de nuestra legislación. Tartarini opina que el Decreto Legislativo N°1381 ha establecido un método inaplicable, ya sea que el contribuyente opte por utilizar el método CUP o utilice otro método. En razón de que, el periodo de cotización pactado por el obligado tributario en el contrato será reconocido siempre que el valor de cotización pactado, y otros elementos de la transacción sean comunicados a la SUNAT con una antelación no menor a 15 días hábiles a la fecha de inicio del embarque o desembarque, siendo necesario que el contribuyente acceda al precio de cotización fijado por el exportador o importador con lo convenido entre terceros independientes, en condiciones iguales y similares, a través del acopio de la data de transacciones comparables, incluyendo los términos contractuales de la operación de exportación o importación de bienes similares, lo que no resulta fácil debido a la carencia de fuentes de acceso público para acceder a dicha

“Artículo 113-A: 3. Los contribuyentes que realicen operaciones de exportación o importación de los bienes listados en el Anexo 2 del Reglamento, presentan ante la SUNAT una comunicación con carácter de declaración jurada que contiene en formato digital el contrato o cualquier otro documento en el que consten los términos de lo convenido por las partes, así como la siguiente información mínima: a) Identificación de la contraparte y representante que interviene en el contrato: nombre o razón social, número de identificación tributaria, país de domicilio y/o residencia fiscal y correo electrónico, b) Tipo de documento: contrato u otro documento que contenga los términos de lo convenido por las partes, c) Fecha del contrato, d) Vigencia del contrato: fecha de inicio y finalización del contrato, e) Fecha o periodo de cotización para determinar el valor de cotización del bien, así como el mercado internacional tomado como referencia, f) Tipo y descripción comercial del bien, g) Descripción de la unidad de medida y cantidad, h) Plazos y condiciones de entrega del bien: incoterm pactado, fecha de entrega, tipo de transporte, identificación del puerto de embarque y puerto de destino, seguros, i) Régimen aduanero, j) Identificación del destinatario en el caso de exportaciones: nombre o razón social, número de identificación tributaria, país de domicilio y/o residencia fiscal, k) Monto de la transacción en la moneda bajo la cual se pactó el contrato. Si se trata de un precio fijo indicar el valor; en caso de precio variable indicar la fórmula de fijación del precio describiendo de manera detallada cada una de las variables que conforman dicha fórmula, l) Otras condiciones que puedan afectar el precio final y que no formen parte de la fórmula del inciso anterior, tales como descuentos, costos de refinación, costos de tratamiento, premios u otras variables que afecten el valor final, de corresponder, m) Indicar el método que corresponda si se ha utilizado un método distinto al método del precio comparable no controlado, adjuntando el informe técnico y la documentación sustentatoria del numeral 6 (...)”.

⁸⁹Cfr. OECD, 2016, Op. Cit., p.62.

información, así ante el incumplimiento de presentar la comunicación se aplicaría el sexto método⁹⁰.

Asimismo, considera que poner una fecha máxima para comunicar el precio a la Administración Tributaria es imponer una regulación sustantiva sobre el momento en que las partes deben pactar el precio y que en las modalidades contractuales en las que el precio no se fije con antelación debida, no será posible cumplir con la referida comunicación, teniéndose que aplicar el sexto método⁹¹.

Incluso, la mencionada comunicación requiere de información con detalle de volúmenes, precios de cotización y numeración de la DAM (Declaración Aduanera de Mercancías) con una antelación tal que no en todos los casos se tendría la información en el plazo requerido por la Administración Tributaria, o de fechas de embarque que podrían depender de lo informado por navieras terceras independientes y no necesariamente del contribuyente. Por lo que, en muchos casos el contribuyente se verá obligado a presentar dicha comunicación con información aproximada o preliminar, sujeta a confirmación final, lo que podría implicar presentar posteriormente una rectificación, que podría implicar multas y penalidades, asimismo, debido al corto plazo resulta altamente probable que contribuyentes no puedan presentar dicha comunicación, o la presenten de forma incompleta, extemporánea o con información no acorde a lo pactado, determinado la Administración Tributaria el valor de mercado de acuerdo al sexto método⁹².

Así, se advierte que el obligado tributario se enfrenta a muchas dificultades que le impedirían presentar la referida comunicación a tiempo o presentarla completa, por lo que podría presentarla de forma extemporánea o podría presentar la información de acuerdo a lo estimado, lo que conllevaría al riesgo que frente a una auditoría de la administración tributaria se verificara que la información brindada no es acorde a lo pactado, por lo que, en la mayoría de los casos la administración tributaria tendría que aplicar el sexto método, convirtiéndose en la realidad la aplicación de dicho método como la regla general y no la excepción como se pretendía con la reciente modificación a la Ley de Impuesto a la Renta.

⁹⁰Cfr. TARTARINI, Tulio. "Flexibilización de Servicios Intragruppo y Muerte del Sexto Método", *Análisis Tributario*, N° 368, septiembre 2018, pp.15-16.

⁹¹Ibídem, p.16.

⁹² Cfr. DELOITTE, Op. Cit.

En conclusión, si bien el Decreto Legislativo N°1381 tiene como finalidad determinar el precio de transferencia de los commodities de acuerdo a lo estipulado por las partes, sin embargo, en el caso que el contribuyente opte por utilizar el método de precio comparable no controlado deber tenerse en cuenta que la referida norma exige una comunicación que se debe presentar en un periodo corto (15 días hábiles), que contiene datos que la mayoría de los contribuyentes no podrán obtener en la fecha requerida, lo que genera que ante el incumplimiento de presentar dicha comunicación, o presentarla de forma incompleta, extemporánea o con información no acorde a lo pactado, se aplique el sexto método en las transacciones entre partes vinculadas con commodities, así se trata de un aparente abandono de dicho método.

CAPÍTULO 2

EL PRINCIPIO DE CAPACIDAD CONTRIBUTIVA Y EL PRINCIPIO DE NO CONFISCATORIEDAD

El Estado tiene el poder de imponer a los ciudadanos el pago de los tributos en virtud de la potestad tributaria que ostenta, sin embargo, no puede hacer un ejercicio arbitraria de esta, sino que tiene que sujetarse a los límites que impone la Constitución, es decir, a los principios constitucionales tributarios. Así, resulta importante que el legislador al momento de establecer normas jurídicas tributarias respete dichos principios, entre estos el principio de capacidad contributiva y el principio de no confiscatoriedad, cuyo contenido e importancia analizaremos en el presente trabajo a fin de determinar cuál es el método apropiado para establecer los precios de transferencia aplicable a las transacciones con commodities que no vulnere los mencionados principios.

2.1. Principios constitucionales tributarios

El Tribunal Constitucional – en adelante TC - manifiesta que la potestad tributaria constituye el poder que tiene el Estado de imponer a los particulares el pago de los tributos, el cual no puede ser ejercido de manera discrecional o de forma arbitraria, pues se encuentra sujeto a una serie de límites que le son impuestos por el ordenamiento jurídico⁹³. Aunado a ello, señala que los principios constitucionales

⁹³Cfr. STC del 13 de febrero de 2006. {Expediente número 9165-2005-PA/TC}. Caso Grupo Mustafá [ubicado el 29.III 2018]. Obtenido en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/09165-2005-AA.pdf>, Fundamento jurídico 01.

como límites, permiten que el ejercicio de la potestad tributaria sea constitucionalmente legítimo y a la vez, garantiza que dicha potestad no sea ejercida arbitrariamente y en menoscabo de los derechos fundamentales de la persona⁹⁴.

Bravo Cucci considera que la potestad tributaria *“es la aptitud de la cual son dotadas las entidades estatales, que las habilita a expedir normas jurídicas con relación al fenómeno tributario, con el objeto que las mismas se inserten en el ordenamiento jurídico, siendo tal competencia legislativa una consecuencia lógica de la soberanía del Estado”*⁹⁵, en otras palabras, dicha potestad es aquella aptitud que permite a las entidades estatales expedir normas tributarias.

Siguiendo a Huamaní la potestad tributaria es la facultad, establecida por la Constitución, de crear, modificar, suprimir y exonerar tributos que ostenta el gobierno central (impuestos, tasas y contribuciones), el gobierno regional y local (tasas y contribuciones). Además, tiene como sustento inmediato al poder de imperio estatal, constituyendo su contrapartida el deber ético-político-social del individuo de contribuir al sostenimiento del Estado, y como sustento mediano a la soberanía, que ostentándola el pueblo, ha sido delegada por sus representantes a la Constitución. Sin embargo, esta potestad encuentra sus límites en los principios constitucionales tributarios⁹⁶.

La Constitución ha consagrado los principios que limitan el ejercicio del poder tributario del Estado, disponiendo en el artículo 74° que “el Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener efecto confiscatorio”. Así se aprecia que los principios constitucionales explícitos son: el principio de reserva de ley, de igualdad, de respeto de los derechos fundamentales y de no confiscatoriedad.

Los principios constitucionales tributarios constituyen límites al ejercicio de la potestad tributaria y a la vez, garantías que se pueden oponer frente a esta

⁹⁴Cfr. STC del 20 de febrero de 2006. {Expediente número 2689-2004-AA/TC}. Caso Emergia SA [ubicado el 29.III 2018]. Obtenido en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02689-2004-AA.pdf>, Fundamento jurídico 12.

⁹⁵BRAVO CUCCI, Jorge. “La potestad tributaria de los gobiernos regionales y locales”. En: Walter Gutiérrez (Coord.), La Constitución comentada, Tomo II, 3a ed, Lima, Gaceta jurídica, 2015, p.584.

⁹⁶Cfr. HUAMANÍ CUEVA, Rosendo. *Código Tributario comentado*, Lima, Jurista editores, 2013, pp.103-105.

potestad. En virtud de ello, la Constitución prevé una sanción muy drástica para el ejercicio arbitrario de la potestad tributaria, así conforme al artículo 74° “no surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo”, previsión que consagra el principio de constitucionalidad y significa que: a) la Constitución otorga validez constitucional al ejercicio de la potestad tributaria y no la ley, y b) la interpretación y aplicación de la legislación tributaria debe de hacerse desde la Constitución⁹⁷.

Es necesario observar los principios constitucionales tanto en la elaboración de las normas tributarias como en el momento de su aplicación, sobre ello, sostiene Calvo Ortega que no resulta acorde al Estado Constitucional de Derecho, afirmar que los principios tributarios solo obligan al titular de la potestad tributaria, pues también es de incumbencia de los operadores del orden tributario, ya sea la Administración Tributaria, los propios contribuyentes, los jueces y tribunales⁹⁸.

En conclusión, los principios constitucionales tributarios se constituyen en límites a la potestad tributaria, y deben ser observados en la elaboración y aplicación de las normas tributarias. Se desprenden del artículo 74° de la Constitución Política del Perú, siendo que en el presente trabajo profundizaremos acerca de los principios de capacidad contributiva y el principio de no confiscatoriedad, dado que el objetivo de este trabajo es determinar cuál es el método apropiado para la determinación de precios de transferencia aplicable a las transacciones con commodities, que no afecte a los mencionados principios.

2.2. Principio de capacidad contributiva

El Estado al hacer ejercicio de la potestad tributaria debe observar el principio de capacidad contributiva pues es importante ya que limita la libertad de configuración del legislador, al impedir que se graven manifestaciones de riqueza distorsionadas, además, permite que se distribuya la carga tributaria conforme a la capacidad contributiva del obligado tributario, así a mayor riqueza habrá mayor tributación,

⁹⁷Cfr. LEÓN VÁSQUEZ, Jorge. “El régimen constitucional tributario peruano: una perspectiva jurisprudencial”. En: Cesar Landa (Coord.), Constitución Económica del Perú (Foro Económico Asia-Pacífico APEC), Lima, Palestra editores, 2008, p.133.

⁹⁸Aut.Cit. Cfr. YANGALI QUINTANILLA, Nyrka. *Código Tributario. Aplicación práctica según criterios jurisprudenciales y de la SUNAT*, Lima, Gaceta Jurídica, 2015, p.62.

pues como dijo Thomas Hobbes “a la justicia igualitaria corresponde también una igualitaria aplicación de impuestos”⁹⁹.

2.2.1. Principio constitucional implícito

Si bien el artículo 74° de la Constitución no menciona expresamente el principio de capacidad contributiva, ello no quiere decir que no estemos ante un principio constitucional tributario, dado que según el TC este principio es implícito y se alimenta del principio de igualdad tributaria que sí se encuentra consagrado en el artículo 74° de nuestra Constitución¹⁰⁰.

Según Bravo Cucci el principio de igualdad, que “es un límite que prescribe que la carga tributaria debe ser aplicada en forma simétrica y equitativa entre los sujetos que se encuentran en una misma situación económica y en forma asimétrica o desigual a aquellos que se encuentran en situaciones económicas diferentes”¹⁰¹, implica que ante los mismos supuestos de hecho se apliquen las mismas consecuencias jurídicas y que ante situaciones distintas se apliquen distintas consecuencias jurídicas.

Asimismo, el principio material de igualdad tributaria garantizado por el artículo 74° de la Constitución comprende la igualdad en la ley y la igualdad ante la ley. La igualdad en la ley se manifiesta como obligación impuesta al legislador de no establecer distinciones artificiosas o arbitrarias, por otra parte, la igualdad ante la ley, tiene por objeto cautelar el funcionamiento imparcial de los órganos administrativos y jurisdiccionales al momento de aplicar las normas¹⁰².

Conforme a Marcial Rubio Correa el principio de igualdad en materia tributaria tiene los siguientes contenidos: a) nadie debe ser exonerado del impuesto por condición personal, es decir, como un privilegio; b) si alguien cae en los supuestos que generan la relación tributaria, entonces debe de pagar el impuesto; c) constituye un elemento de la igualdad tributaria que todos paguen según su capacidad

⁹⁹HOBBS, Thomas. *Leviatán*, [ubicado el 15.III 2018]. Obtenido en: <http://bibliotecadigital.tamaulipas.gob.mx/documentos/ver/4299>, p.147.

¹⁰⁰Cfr. STC del 28 de septiembre de 2004. {Expediente número 0033-2004-AI/TC}. Caso inconstitucionalidad del artículo 125° del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta [ubicado el XIX.III 2018]. Obtenido en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/0-2004-AI.html>, Fundamento jurídico 06.

¹⁰¹BRAVO CUCCI, Jorge. *Fundamentos de derecho Tributario*, 2ª ed, Lima, Palestra editores, 2006, p.114.

¹⁰²Cfr. VELÁSQUEZ CALDERÓN, Juan. *Derecho Tributario moderno*, Lima, Grijley, 1997, p.101.

contributiva, pues la igualdad tributaria se realiza más perfectamente cuando los iguales tributan igual y los desiguales tributan desigual, en proporción a lo que pueden pagar¹⁰³. De esta manera, apreciamos que aunque el principio de capacidad contributiva no se encuentra establecido en el artículo 74° de la Constitución, sí se trata de un principio constitucional tributario implícito que se desprende del principio explícito de igualdad.

Al respecto, Alberto Tarsiano considera que el principio de capacidad contributiva es un principio constitucional implícito, dado que en el programa de la Constitución, interpretado funcionalmente, se aprecia este principio en sus dos vertientes: a) como fuente de legitimación del poder fiscal, y b) como deber de contribuir a sufragar el gasto público que constituye un principio sustancial del estado democrático y social de derecho, y la única manera de financiar coactivamente al sector público es en función de la capacidad contributiva. Así, la dimensión del principio surge implícito de dos postulados: a) del “Programa de la Constitución”, aquel conjunto de ideas dadas para delinear el modelo político, económico, social y moral de una Nación, b) de las declaraciones y los derechos consagrados por la Constitución Política. Además, este principio confiere contenido a los principios de equidad, proporcionalidad y solidaridad¹⁰⁴.

Por tanto, si bien el principio de capacidad contributiva no es un principio explícito en la Constitución, ello no es óbice para afirmar que no estamos ante un principio constitucional, al tratarse de un principio implícito que deriva del principio de igualdad. Incluso, sostiene Alberto Tarsiano que estamos ante un principio implícito constitucional que surge del programa de la constitución y de las declaraciones y derechos establecidos en la Constitución.

2.2.2. Definición

Antes de definir el principio de capacidad contributiva, debemos aclarar que no podemos confundir la capacidad jurídica tributaria con la capacidad contributiva, ya que la primera se refiere a la aptitud jurídica para ser sujeto pasivo de la relación

¹⁰³Cfr. RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Lima, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, pp.419-420.

¹⁰⁴Cfr. TARSIANO, Alberto. “El Principio de Capacidad Contributiva como Fundamento de la Constitución Financiera. Una Visión Doctrinaria y Jurisprudencial”, *Derecho & Sociedad*, N°43, diciembre 2014, pp.119-128,123.

jurídica tributaria sustancial, sin que tenga relevancia la cantidad de riqueza que se posea, y la otra se refiere a aquella aptitud económica de pago público¹⁰⁵.

La capacidad contributiva es aquella aptitud que tiene una persona de ser sujeto pasivo de obligaciones tributarias a fin de financiar el gasto público dado que revela manifestaciones de riqueza (capacidad económica), las que ponderadas por la política legislativa, tendrán el rango de categoría imponible¹⁰⁶.

De la misma manera, el TC señala que la capacidad contributiva es aquella aptitud de una persona para ser sujeto pasivo de obligaciones tributarias, sustentado sobre la base de determinados hechos reveladores de riqueza, siendo que el principio de igualdad tributaria, tanto en el plano horizontal o vertical va de la mano con la capacidad contributiva, determinando que a igual manifestación de riqueza se generalice la obligación de pago y que dicha obligación sea proporcional a la capacidad contributiva del obligado¹⁰⁷.

Además, el principio de capacidad contributiva constituye el presupuesto que legitima al Estado a exigir a los ciudadanos el cumplimiento del deber de contribuir, pues se exigen tributos en una sociedad, ya que sus integrantes realizan hechos económicos que los ponen en aptitud para soportar las cargas públicas, quedando desfasada la tesis que encuentra el fundamento de la tributación en la soberanía del Estado. Aunado a ello, la capacidad contributiva permite distribuir la carga tributaria entre los ciudadanos de manera que, a mayor riqueza habrá mayor tributación. Y tiene una función importante como límite de la libertad de configuración del legislador, impidiéndole introducir regulaciones que distorsionen la manifestación de riqueza sometida a gravamen¹⁰⁸.

Como hemos visto, la capacidad contributiva cumple una doble función, pues legitima el poder tributario y límite a dicho poder, funciones que transmiten un equilibrio entre el Estado y los contribuyentes, al comprender: a) el mandato

¹⁰⁵Cfr. PACHERRES, RACUAY, Ana; y CASTILLO GUZMÁN, Jorge. *Manual tributario 2016*, Lima, Thomson Reuters, 2016, p.15.

¹⁰⁶Cfr. TARSIANO, Op. cit., p.121.

¹⁰⁷Cfr. STC del 15 de noviembre de 2007. {Expediente número 08349-2006-AA/TC}. Caso Textil San Cristóbal SA [ubicado el 29.III 2018]. Obtenido en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/08349-2006-AA.pdf>, Fundamento jurídico 07.

¹⁰⁸Cfr. GAMBA VALEGA, Cesar. "Los principios constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano". En: Daniel Yacolca Estares (Coord.), *Derecho Tributario. Aspectos constitucionales, generales, informático, procesal, arbitral, internacional, ambiental, minero, construcción, penal y aduanero*, Lima, Grijley, 2009, pp.47-48.

político-constitucional que tienen los habitantes de sostener los gastos del Estado que se traduce en el deber jurídico de contribuir; b) la protección del derecho del contribuyente a que la ley no rebase su capacidad contributiva; c) la satisfacción de las necesidades mínimas garantizadas por el Estado¹⁰⁹.

En cuanto principio que justifica el cobro de tributos, el principio de capacidad contributiva se asocia comúnmente a los impuestos, ya que estos tributos están vinculados a una manifestación de capacidad económica para contribuir con los gastos estatales. Sin embargo, la capacidad contributiva se asocia menos con las tasas y contribuciones, dado que son tributos cuya motivación de pago no corresponde a una determinada capacidad contributiva sino como consecuencia de la prestación de un servicio público divisible por parte de Estado en beneficio del contribuyente¹¹⁰.

Se encuentra presente el principio de capacidad contributiva en la configuración de toda especie tributaria, graduándolas o fundándolas, según sea el caso. Así los tributos fundados por este principio son los impuestos, especie que sufre la incidencia del principio en la propia descripción de su presupuesto de hecho, por otro lado, los tributos graduados por el mencionado principio son las tasas y las contribuciones, dado que si bien el presupuesto de hecho de ellas no es una manifestación de riqueza sino un acto de administración pública, el principio va a repercutir necesariamente en la graduación de la cuantificación de la obligación tributaria¹¹¹.

El TC considera que la capacidad contributiva es un principio implícito e inherente a todo tipo de tributos, y que en el caso de las tasas y contribuciones, esta no se deriva directamente del hecho generador, sino que se funda en otras consideraciones. Por ejemplo, en el cobro de las tasas (arbitrios) en zonas de mayor delincuencia en las que se requiere mayor despliegue de servicio municipal, la población debería pagar un mayor arbitrio que aquellos contribuyentes con mayor capacidad económica. No obstante, al residir en dichas zonas, la población con menores recursos, este monto exigible, resulta excesivo para su reducida

¹⁰⁹Cfr. TARSIANO, Op. cit., p.119-128.

¹¹⁰Cfr. HUAMANÍ CUEVA, Rosendo. *Código Tributario comentado*, Lima, Jurista editores, 2011, pp.53-54.

¹¹¹Cfr. BRAVO CUCCI, Jorge. *Breves reflexiones sobre el desarrollo jurisprudencial del principio de capacidad contributiva*, 2009 [ubicado el 25.XI 2017]. Obtenido en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12202/12767>, p.223.

capacidad de pago. Por lo que, dependiendo de las circunstancias sociales y económicas de cada municipio, la capacidad contributiva con fundamento en el “principio de solidaridad”, puede ser admitida, si así se logra el principio de equidad en la distribución¹¹².

La capacidad contributiva deriva del principio de igualdad y se complementa con el principio de progresividad, dado que el trato igual se logra a través de la variación de la alícuota conforme varía la base imponible del tributo. De este modo, al vincular el principio de igualdad con el de progresividad genera una mejora sustantiva en el proceso de la distribución de riqueza más equitativa¹¹³.

Por lo expuesto, el principio de capacidad contributiva es aquella aptitud del sujeto pasivo de la relación tributaria, para contribuir al gasto público. Además, es importante porque constituye el presupuesto que legitima al Estado a exigir a los ciudadanos el cumplimiento del deber de contribuir y limita la libertad de configuración del legislador al imposibilitar que pueda establecer regulaciones que vulneren el derecho del contribuyente a que la ley no rebase su capacidad contributiva.

2.2.3. Capacidad contributiva absoluta y relativa

Para efectos didácticos, podemos dividir la capacidad contributiva en objetiva o absoluta y en subjetiva o relativa. El principio de capacidad contributiva en su vertiente absoluta es aquella aptitud abstracta que ostentan determinadas personas para concurrir a los tributos creados por el Estado en ejercicio de su potestad tributaria, asimismo, esta se toma en cuenta cuando el legislador delimita el presupuesto de hecho de la norma tributaria¹¹⁴. De este modo, la capacidad contributiva es concebida como la capacidad abstracta para concurrir al sostenimiento de las cargas públicas, de acuerdo a la cual se determinará el

¹¹²Cfr. STC del 16 de mayo de 2005. {Expediente número 00053-2004-PI/TC}. *Caso Ordenanzas que regularon el régimen de arbitrios de la Municipalidad de Miraflores* [ubicado el 29.III.2018]. Obtenido en: <https://www.sat.gob.pe/webstev9/Portals/0/Docs/Tramites/Ordenanzas/Normativa/Arbitrios/0053-2004-PI-TC.pdf?ver=2015-10-07-123157-750>, Punto VII, B 2 y 3.

¹¹³Cfr. KRESALJA, Baldo; y OCHOA, César. *El régimen económico de la Constitución de 1993*, Lima, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, p.223.

¹¹⁴Cfr. ROBLES MORENO, Carmen del Pilar. “Los principios constitucionales tributarios”. En Pierre Foy Valencia, *Ensayos jurídicos contemporáneos. Testimonio de una huella académica*, Lima, Instituto Pacífico, 2006, p.284.

supuesto de hecho base del tributo, así se va a garantizar que solamente se establezcan tributos sobre actos, hechos o negocios indicativos de capacidad económica¹¹⁵.

La capacidad contributiva está condicionada por una exigencia lógica consistente en la presencia de capacidad económica, sin embargo, el hecho de que un sujeto cuente con un índice de capacidad económica no garantiza el nacimiento de la capacidad contributiva, en razón de que no se trata de términos sinónimos. Más bien, entre capacidad económica y capacidad contributiva prevalece una relación de interdependencia, de modo, que una presupone la existencia de otra, siendo que la aptitud contributiva se exterioriza cuando existe un índice de riqueza manifestada por medio de ingresos, patrimonio o gasto¹¹⁶.

Conforme a Rodolfo Spisso, la capacidad contributiva objetiva exige la ocurrencia de tres requisitos: a) que el gravamen se aplique a redimentos netos, es decir, que el gravamen recaiga sobre riqueza disponible, b) la continuidad del ciclo productivo, por ello, a pesar de las exigencias técnicas que se impone para la determinación del tributo, se debe garantizar que no exista una total separación entre los periodos impositivos para no distorsionar la capacidad contributiva, y c) que no se sometan a tributación rendimientos ficticios, por ende, solo se debe gravar riqueza efectivamente obtenida, y no hacer uso de presunciones absolutas que implican una riqueza meramente probable¹¹⁷. En conclusión, en la capacidad contributiva objetiva se va a considerar las manifestaciones de riqueza de los contribuyentes, así el legislador deberá de buscar aquellos hechos en los que los contribuyentes demuestren una aptitud económica para soportar cargas tributarias.

Por otra parte, la capacidad contributiva subjetiva a diferencia de la objetiva, no se relaciona tanto con el presupuesto de hecho, sino con la adecuación de la carga

¹¹⁵Cfr. MASBERNAT MUÑOZ, Patricio. *El principio de capacidad económica como principio material de la tributación: su elaboración doctrinal y jurisprudencial en España*, 2010 [ubicado el 15.X 2018]. Obtenido en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-00122010000100011&lng=en&nrm=iso&tlng=es, p.310.

¹¹⁶Cfr. GARCÍA BUENO, Marco. "El principio de capacidad contributiva como criterio esencial para una reforma fiscal". En: RÍOS GRANADOS, Gabriela (Coord.), *Conceptos de reforma fiscal*, 2002 [ubicado el 15.X 2018]. Obtenido en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/430-conceptos-de-reforma-fiscal>, pp.51-52.

¹¹⁷Aut. Cit. Cfr. NARRO ROJAS, Katherine; y QUISPE VILLAVARDE, Blanca. *Aproximaciones al principio de capacidad contributiva y su desarrollo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*, 2010 [ubicado el 15.III 2018]. Obtenido en: http://www.derecho.usmp.edu.pe/biblioteca/coleccion_2.htm, pp.129-130.

tributaria a las condiciones personales y familiares del sujeto obligado. Además, este elemento de la capacidad contributiva se relaciona con la subjetivización del tributo, que se produce cuando los elementos de cuantificación de la deuda tributaria se acomodan a las circunstancias personales del obligado¹¹⁸.

Rodolfo Spisso refiere que la capacidad contributiva subjetiva se encuentra relacionada con el mínimo exento que posibilita al contribuyente cubrir sus necesidades elementales, debiendo tomarse en cuenta: a) los niveles de costo de vida, b) el grado de desarrollo o de bienes alcanzados por cada sociedad que va a incidir directamente sobre el nivel de vida que se considera mínimo, y c) el nivel de calidad y cantidad de los servicios prestados por el Estado, así en países como Canadá o Alemania se justifica una imposición del más del 50% sobre la renta, pues los servicios de seguridad, salud y educación son eficientes, a comparación de países como Ecuador, Bolivia o Perú que tienen un bajo nivel de calidad¹¹⁹.

De esta manera, una categoría esencial vinculada al principio de capacidad contributiva es el mínimo existencial, cuyo fundamento es el reconocimiento de la dignidad humana y la protección de la familia, también, se trata de un mínimo ético derivado de la justicia tributaria y un mínimo lógico que impide la arbitrariedad legislativa. El mínimo existencial beneficia a las personas naturales y se trata de un espacio de inmunidad fiscal, que asienta un elemento de individualización dado que la aptitud para contribuir a los gastos públicos empieza cuando se han cubierto las necesidades mínimas personales y familiares¹²⁰.

En el caso de las personas morales¹²¹, si bien están obligadas a contribuir, no fijan su contribución conforme a su capacidad contributiva subjetiva, ya que solo se toma

¹¹⁸Cfr. GARCÍA ETCHEGOYEN, Marcos. *El principio de capacidad contributiva*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004, pp.247-249

¹¹⁹Aut. Cit. Cfr. NARRO y QUISPE, Op. Cit., p.130.

¹²⁰Cfr. MASBERNAT, Op. Cit., p.314.

¹²¹El Código Civil Federal de México dispone en el artículo 25° que son personas morales: "I. La Nación, los Estados y los Municipios; II. Las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la ley; III. Las sociedades civiles o mercantiles; IV. Los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución Federal; V. Las sociedades cooperativas y mutualistas; VI. Las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquiera otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la ley. VII. Las personas morales extranjeras de naturaleza privada, en los términos del artículo 2736".

en cuenta su riqueza disponible, es decir, la capacidad contributiva objetiva, tal como sucede en el impuesto a la renta¹²².

Para Barros Carvalho la capacidad contributiva subjetiva se refiere a la repartición de la percusión¹²³ tributaria, de tal modo que los participantes del acontecimiento contribuyan conforme al tamaño económico del evento, y está vinculada con la realización del principio de igualdad. Éste se tornará en ejecutable cuando se satisfaga el principio de capacidad contributiva objetiva, seleccionando el legislador ocurrencias que demuestren fecundidad económica, de ese modo, tendrá medios para dimensionarlas, extrayendo la parcela pecuniaria que constituirá la prestación derivada por el sujeto pasivo¹²⁴.

De lo expuesto, la capacidad contributiva objetiva y subjetiva concurren simultáneamente, así esta exige que el hecho impositivo sea una manifestación de riqueza del sujeto pasivo, y que la carga impositiva de cada contribuyente sea de acuerdo a las condiciones personales y familiares del contribuyente.

La capacidad contributiva absoluta y relativa se relacionan con el ámbito de actuación subjetivo del principio de capacidad contributiva, según el cual los titulares del derecho a contribuir conforme a su capacidad contributiva son las personas naturales, por su dignidad humana y se relaciona con el mínimo existencial, por otro lado, en el caso de las personas jurídicas su obligación de tributar debe recaer en riqueza disponible conforme a la renta neta. Además, dentro del ámbito de actuación del principio de capacidad contributiva podemos encontrar el ámbito territorial y temporal, de acuerdo al primero cuando la imposición recae

¹²²Cfr. GARCÍA BUENO, Marco. "El principio de capacidad contributiva". En: Daniel Yacolca Estares (Coord.), *Derecho Tributario. Aspectos constitucionales, generales, informático, procesal, arbitral, internacional, ambiental, minero, construcción, penal y aduanero*, Lima, Grijley, 2009, p.60.

¹²³Los efectos del impuesto son: la percusión, la traslación, y la incidencia e impacto fiscal. La percusión identifica el momento y la persona que por disposición de la ley, debe pagar la contribución e ingresarla a la hacienda pública, se trata del contribuyente de derecho. La traslación del impuesto es el fenómeno en el que un "contribuyente de derecho" percutido por el impuesto, adiciona al precio de venta del producto o servicio la carga de la contribución. La incidencia o repercusión es cuando el impuesto llega a un tercero que, por las características de la ley, ya no puede trasladarlo a otro, fenómeno que se caracteriza por el hecho de que el sujeto incidido debe considerar el traslado del impuesto que retuvo, como parte integrante del precio del bien o servicio adquirido. Si bien frecuentemente el sujeto incidido es el consumidor final, puede acontecer que en la determinación de los precios de las operaciones, el sujeto percutido decida no trasladar la carga del impuesto y absorberla para no afectar sus utilidades por el descenso de las ventas (principio económico de la elasticidad de la demanda). Cfr. SÁNCHEZ MIRANDA, Arnulfo. *Aplicación práctica del Código Fiscal 2017*, México, Ediciones Fiscales ISEF, 2017, pp.91-92.

¹²⁴Cfr. BARROS CARVALHO, Paulo. *Curso de Derecho Tributario*, traducido por Juan Carlos Panez Solórzano, 24ª ed, Lima, Noeses, Grijley, 2012, p.153.

en la renta global, el Estado debe tomar las medidas adecuadas para evitar la doble tributación, y conforme al segundo la capacidad contributiva debe referirse a aquella ínsita en el presupuesto del tributo y no a una pasada¹²⁵.

En conclusión, el principio de capacidad contributiva es importante, en cuanto se va a constituir en un límite a la libertad del legislador, el mismo que al establecer normas jurídicas tributarias, debe tomar en cuenta el mínimo existencial en el caso de las personas naturales debido a su dignidad, pues solo cuando hayan satisfecho sus necesidades personales y familiares, son idóneas para ser sujetos pasivos de obligaciones tributarias, y en el caso de las personas jurídicas debe considerar la riqueza disponible conforme a la renta neta.

2.3. Principio de no confiscatoriedad

Los tributos que exceden la capacidad contributiva de los obligados tributarios se convierten en un arma destructiva de los ciudadanos y empresas, por lo que es importante que la potestad tributaria sea ejercida respetando el principio de no confiscatoriedad, en cuanto garantiza que la potestad tributaria sea ejercida de una manera razonable a fin de no afectar el derecho de propiedad de los contribuyentes, y aquellas instituciones propias de nuestra Constitución económica.

2.3.1. Definición

El principio de no confiscatoriedad o de interdicción de la confiscatoriedad, lo encontramos en el artículo 74° de la Constitución que establece que “ningún tributo puede tener carácter confiscatorio”. Desde el punto de vista constitucional, este principio es la materialización del principio de proporcionalidad propio de un Estado Constitucional y Democrático, cuidándose que mediante el ejercicio desproporcionado o irrazonable de la potestad tributaria estatal no se prive a los contribuyentes de su propiedad y rentas¹²⁶.

Montes Ventura afirma que “un tributo es confiscatorio cuando el monto de su tasa es irrazonable, en razón de que absorbe una parte sustancial del valor del capital,

¹²⁵Cfr. MASBERNAT, Op. Cit., pp.316-317.

¹²⁶Cfr. INFORMATIVO CABALLERO BUSTAMANTE. "Las consecuencias de la falta de bancarización ¿afectan el Principio de no confiscatoriedad?", Informativo Caballero Bustamante, N°711, mayo 2011, pp.A1-A2.

renta o utilidad, del contribuyente”¹²⁷, así estaremos ante un tributo confiscatorio cuando la tasa del tributo exceda el límite razonable a fin de no vulnerar el derecho de propiedad. De acuerdo a Rubio Correa la no confiscatoriedad se refiere a que el impuesto pagado sobre un bien no equivalga a la totalidad del precio del bien o una parte apreciable de su valor¹²⁸.

El TC manifiesta que el principio de no confiscatoriedad informa y limita el ejercicio de la potestad tributaria estatal, constituyéndose en un mecanismo de defensa de ciertos derechos constitucionales, como el derecho de propiedad, pues evita que la ley tributaria afecte de manera irrazonable y desproporcionada la esfera patrimonial de las personas, y se encuentra conectado con el principio de capacidad contributiva¹²⁹.

Un sistema tributario que vaya en desmedro del derecho de propiedad, estaría negándose y condenándose a desaparecer, así como al Estado mismo que lo necesita. Por ello, constituye un error considerar que existe antinomia en la relación entre tributos y derecho de propiedad, pues en los sistemas capitalistas, los tributos requieren de un derecho de propiedad sólidamente sustentado, y el derecho de propiedad requiere límites como todo derecho, pero si se niega el derecho de propiedad individual, el Estado deslegitima su poder para exigir el tributo y a la vez, estos pierden su relevancia y utilidad como herramienta para contribuir con la sociedad¹³⁰.

El principio de no confiscatoriedad no solo protege al derecho de propiedad, pues tiene una faceta institucional, así el TC refiere que permite que ciertas instituciones de la Constitución económica, como el pluralismo económico, la propiedad o la empresa, no sean suprimidas o vaciadas de contenido cuando el Estado ejerza su potestad tributaria. De modo que, conforme a las funciones que cumple en nuestro Estado Democrático de Derecho, con carácter general, se transgrede dicho principio, cuando un tributo excede el límite razonable que puede admitirse como

¹²⁷MONTES VENTURA, Maribel. “Principios Constitucionales tributarios. Los límites en la creación de tributos”, *Revista Jurídica del Perú*, N°114, agosto 2010, p.181.

¹²⁸Cfr. RUBIO CORREA, Marcial. *Para conocer la Constitución de 1993*, Lima, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, p.216.

¹²⁹STC del 19 de diciembre de 2003. {Expediente número 02727-2002-AA/TC}. *Caso Compañía Minera Caudulosa SA* [ubicado el 29.X 2018]. Obtenido en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02727-2002-AA.pdf>, Fundamento jurídico 04.

¹³⁰Cfr. SOTELO CASTAÑEDA, Eduardo. “Del régimen tributario y presupuestal”. En: Walter Gutiérrez (Coord.), *La Constitución comentada*, Tomo II, 3ª ed, Lima, Gaceta jurídica, 2015, p.579.

justificado en un régimen en el que se ha garantizado el derecho a la propiedad y ha considerado a ésta institución, como un componente básico y esencial de la Constitución económica¹³¹.

Por tanto, el principio de no confiscatoriedad busca que la potestad tributaria no sea ejercida arbitrariamente mediante la imposición de cargas tributarias que generen que se prive a las personas de su derecho de propiedad y de sus rentas, además, no solo protege el derecho de propiedad de los contribuyentes sino también a aquellas instituciones propias de la Constitución Económica.

2.3.2. Confiscatoriedad cuantitativa y cualitativa

La potestad tributaria estatal no debe ser un arma destructiva de la economía, las familias y la sociedad, excediendo los límites más allá de los cuales los contribuyentes no están dispuestos a tolerar su carga, por ello, debemos distinguir el límite entre lo tributable y lo confiscatorio.

El límite de la imposición se refiere a cuando su medida influye en la conducta del contribuyente, pudiendo el efecto financiero malograrse o tener la imposición efectos indeseables, así el Estado debe considerar a fin que los contribuyentes cumplan con sus obligaciones tributarias: a) el límite psicológico, por el cual el contribuyente prefiere el riesgo al cumplimiento de la obligación tributaria, b) el límite económico, es el límite real de soportar la carga tributaria, c) el límite jurídico, que busca normar el límite económico real del contribuyente¹³². En cambio, la confiscación puede evaluarse desde un punto de vista cuantitativo y cualitativo.

La confiscatoriedad cuantitativa se refiere a un tributo tan oneroso para el contribuyente, que lo obliga a extraer parte sustancial de su patrimonio o renta, o excede totalmente sus posibilidades económicas¹³³. Entonces, estamos frente al nivel cuantitativo cuando establecemos parámetro límites, un porcentaje o cifra exacta, que al sobrepasarse, generará que estemos ante un tributo confiscatorio¹³⁴. En Argentina la Corte Suprema de Justicia ha establecido un standard interpretativo, conforme al cual resultará confiscatorio todo tributo que exceda el

¹³¹Cfr. STC N°02727-2002-AA/TC, Op. Cit., Fundamento jurídico 04 y 05.

¹³²Cfr. ROBLES, Op. Cit., p.283.

¹³³Cfr. Idem.

¹³⁴Cfr. CARPIO MARCOS, Edgar; y SALES VÁSQUEZ, Pedro. "Principio de no confiscatoriedad". En: Walter Gutiérrez (Coord.), *La Constitución comentada*, Tomo II, 3ª ed, Lima, Gaceta jurídica, 2015, p.598.

33% del valor de los bienes gravados o de las rentas de dichos bienes¹³⁵. Igualmente, el Tribunal Constitucional Alemán señala como límite máximo del gravamen el 50%, aunque resulta poco claro, al no precisarse si se trata de la renta neta o bruta¹³⁶.

Sin embargo, si bien muchos ordenamientos han buscado establecer porcentajes máximos para determinar cuando la carga impositiva resulta confiscatoria, ello no resulta adecuado, en tanto que el cálculo de la carga tributaria total es impracticable ya que tenemos un conglomerado de impuestos, asimismo, que con el transcurso del tiempo va cambiando la mentalidad respecto al derecho de propiedad, generando que en determinado momento quede desnaturalizado o pierda vigencia el mencionado porcentaje¹³⁷.

Cabe precisar que, Rubio Correa considera que no solo interviene el valor de bien para determinar la existencia de confiscatoriedad tributaria, pues el TC utiliza todos los elementos de juicio que intervienen en la aplicación de un tributo: los elementos conceptuales, la tasa, los caracteres técnicos de funcionamiento del tributo y el entorno social y económico en el que se aplica el tributo¹³⁸.

Sobre ello, se puede apreciar que el TC para definir que el impuesto a la explotación a los juegos resulta inconstitucional no se fija solamente en la tasa del tributo sino en los diversos aspectos de su operación y aplicación. El caso se trata de una acción de inconstitucionalidad interpuesta por cinco mil cuatrocientos dieciséis ciudadanos contra diversos artículos de la Ley N.º 27153 - Ley que regula la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas, manifestando que el artículo 38º¹³⁹ viola el principio de igualdad, al crear un impuesto especial no

¹³⁵Cfr. BAEZA, Carlos. *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006, p.198.

¹³⁶Cfr. MASBERNAT, Op. Cit., p.326.

¹³⁷Cfr. DEL CARPIO TORRES, Christian. "El principio de no confiscatoriedad y su aplicación en el Impuesto General a las Ventas", *Actualidad Jurídica*, N°196, marzo 2010, p.193.

¹³⁸Cfr. RUBIO CORREA, Marcial. *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Lima, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, p.220.

¹³⁹La Ley N° 27153 - Ley que regula la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas, en el artículo 38º sobre la base imponible del Impuesto señala que: "38.1 La base imponible del Impuesto está constituida por la ganancia bruta mensual proveniente de la explotación de los juegos de casino y de máquinas tragamonedas, entendiéndose por tal a la diferencia resultante entre el ingreso total percibido en un mes por concepto de apuestas o dinero destinado al juego y el monto total de los premios otorgados el mismo mes. 38.2 También se considera ganancia bruta las comisiones producto del juego que el sujeto pasivo del Impuesto perciba. 38.3 Si dentro de un mismo mes, el monto de los premios excediera al monto de los ingresos percibidos, el saldo pendiente se deducirá de los ingresos mensuales siguientes, hasta su total extinción. 38.4 La

previsto para ninguna otra actividad económica, pues prevé la base imponible del impuesto con relación a la explotación de los juegos de máquinas tragamonedas. Asimismo, sostienen que el artículo 39^{o140} de la referida ley viola el artículo 74° de la Constitución, al fijarse la alícuota del impuesto aproximadamente en veinte por ciento (20%) a aplicarse sobre la base imponible, constituida por la ganancia bruta, que en realidad es el ingreso bruto¹⁴¹.

El TC considera que las especiales características del impuesto a los juegos, hacen que éste resulte confiscatorio, pues si bien el artículo 36°¹⁴² de la Ley establece que el impuesto a los juegos grava "la explotación" de estos juegos, conforme se desprende de los artículos 38.1° y 39° de la Ley, siendo la alícuota del impuesto ascendente al 20% sobre la base imponible, que se encuentra constituida por la ganancia bruta mensual, que es la diferencia resultante entre el ingreso total percibido en un mes por concepto de apuestas o dinero destinado al juego y el monto total de los premios otorgados el mismo mes, de tal manera, que con el nombre de impuesto a la explotación, la ley grava en realidad las utilidades. Aunado a ello, la alícuota del impuesto parece ser excesiva, pues en la base fijada no se deducen los gastos para la obtención de las utilidades, incluso, no se considera el monto pagado, como pago a cuenta del impuesto a la renta, por ello, el gravamen tiene una vocación confiscatoria del capital invertido. Por dichas razones, el TC declara inconstitucionales los artículos 38° y 39° de la ley¹⁴³.

A decir de Rubio Correa, el TC para determinar que el impuesto a los juegos es inconstitucional no se limitó a sostener que la tasa aplicable es alta sino que además argumentó: a) que el impuesto ha sido concebido de manera tal que grava

base imponible del Impuesto se determina de manera independiente por cada actividad y cada establecimiento".

¹⁴⁰La Ley N° 27153 - Ley que regula la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas, en el artículo 39° establece que "La alícuota del Impuesto, tanto para la explotación de juegos de casino como de máquinas tragamonedas, será el 20% (veinte por ciento) de la base imponible indicada en el artículo anterior".

¹⁴¹Cfr. STC del 29 de enero de 2002. {Expediente número 0009-2001-AI/TC}. *Caso Ley que regula la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas*, 1998 [ubicado el 15.X 2018]. Obtenido en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00009-2001-AI.html>, Fundamento jurídico 16.

¹⁴²La Ley N° 27153 - Ley que regula la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas, en el artículo 36° sobre creación del Impuesto a los juegos de casino y de máquinas tragamonedas dispone que: "Créase el Impuesto a los juegos de casino y de máquinas tragamonedas, en adelante el impuesto, que grava la explotación de estos juegos y es de periodicidad mensual. Se rige por la presente Ley y sus normas reglamentarias, siendo de aplicación el Código Tributario en lo que fuera pertinente".

¹⁴³ Cfr. STC N°0009-2001-AI/TC, Op. Cit., Fundamento jurídico 16.

a las utilidades, lo que equivaldría a un segundo impuesto a la renta, cabe precisar, que el TC solo constató el gravamen sobre las utilidades; b) la determinación de la base imponible no permite descontar los gastos, gravando la inversión realizada; c) al tratarse de un impuesto a la renta (por gravar utilidades) no permite deducir como pago a cuenta el impuesto a la renta, en consecuencia, el monto correspondiente también resulta gravado¹⁴⁴.

Por otro lado, la confiscatoriedad cualitativa se produce cuando la sustracción ilegítima de la propiedad se debe a la vulneración de otros principios tributarios, siendo irrelevante el monto de lo sustraído, incluso, podría ser soportable por el contribuyente¹⁴⁵. Por esa razón, un tributo resulta cualitativamente confiscatorio, en el caso de no existir un título válido para imponer o exigir el cumplimiento de una obligación tributaria, así el TC en el caso de arbitrios, cuando no se había cumplido con el requisito de ratificación de la ordenanza distrital que aprobaba los mismos, estableció su confiscatoriedad¹⁴⁶.

Por tanto, el principio de no confiscatoriedad puede evaluarse desde un punto de vista cuantitativo y cualitativo, el primero se configurará cuando la tasa del tributo grava excesivamente la propiedad privada del contribuyente o va más allá de sus posibilidades económicas, y estaremos ante el segundo cuando se afecta la propiedad del contribuyente por vulnerarse otros principios constitucionales tributarios, como el de reserva de ley.

2.3.3. Naturaleza jurídica

El contenido constitucionalmente protegido del principio de no confiscatoriedad tiene la estructura propia de un “concepto jurídico indeterminado”, en otras palabras, su contenido no puede ser precisado en términos generales y abstractos, sino que debe ser analizado y observado en cada caso, conforme a la clase de tributo y las circunstancias de quienes estén obligados a sufragarlo. Sin embargo, conforme a las funciones que cumple en nuestro Estado democrático de Derecho,

¹⁴⁴Cfr. RUBIO, 2005, Op. Cit., p.214.

¹⁴⁵Cfr. STC del 11 de noviembre de 2004. {Expediente número 0041-2004-AI/TC}. *Caso Defensoría del Pueblo contra Ordenanzas expedidas por la Municipalidad de Surco* [ubicado el 29.X 2018]. Obtenido en: http://aempresarial.com/web/solicitud_nl.php?id=14926, Fundamento jurídico 56.

¹⁴⁶Cfr. NAUPARI WONG, José Rodolfo. "El principio de no confiscatoriedad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Informativo Caballero Bustamante*, N°712, junio 2011, p.2.

con carácter general, se transgrede este principio cuando un tributo excede el límite razonable para no vulnerar el derecho de propiedad¹⁴⁷.

El TC precisa qué debemos entender por razonable, afirmando que las afectaciones a la propiedad son razonables si tienen por objeto contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, para ello, debe considerarse la medida y proporción de la capacidad contributiva de cada persona o empresa¹⁴⁸. Adicionalmente, es necesario acreditar la afectación real al patrimonio empresarial de la persona jurídica, para demostrar la vulneración al principio no confiscatoriedad¹⁴⁹.

Ahora, veamos cómo se vulnera el principio de no confiscatoriedad en los impuestos y las tasas. En el caso de los impuestos, podemos distinguir entre aquellos que tienen naturaleza directa y aquellos que son considerados indirectos, en el caso de los primeros, recaen sobre personas específicas que están obligadas a darle cumplimiento pues no se pueden trasladar, asimismo, gravan situaciones duraderas; en cambio, los impuestos indirectos, recaen sobre manifestaciones indirectas de capacidad contributiva, se relacionan con acontecimientos pasajeros y permiten que el obligado traslade la carga impositiva¹⁵⁰.

Entre los impuestos directos encontramos al impuesto a la renta, cuyo objetivo es que una empresa que ha producido una utilidad pague una parte de la misma al Estado, sin embargo, si dicho tributo se convierte en una cifra mayor a la propia utilidad contable¹⁵¹ o grava a una empresa en pérdida, entonces, el tributo tendrá un efecto confiscatorio. Al respecto, el TC manifiesta que el legislador al establecer el hecho imponible está obligado a respetar y garantizar la conservación de la intangibilidad del capital o de los activos netos, lo que no sucede si el impuesto

¹⁴⁷Cfr. STC del 13 de abril de 2005. {Expediente número 02302-2003-AA/TC}. *Caso Inversiones Dreams SA*, [ubicado el 29.III 2018]. Obtenido en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02302-2003-AA.pdf>, Fundamento jurídico 13.

¹⁴⁸Cfr. *Ibidem*, Fundamento jurídico 17.

¹⁴⁹Cfr. *Ibidem*, Fundamento jurídico 21.

¹⁵⁰Cfr. GARCÍA BUENO, 2009, Op. cit., p.65.

¹⁵¹En cuanto, a la diferencia entre utilidad contable y tributaria, el Tribunal fiscal en la RTF N.º 01687-1-2005 sostiene que la utilidad contable se determina conforme al estado de ganancias y pérdidas elaborado a partir de los principios contables generalmente aceptados y constituye el resultado de las actividades ordinarias y extraordinarias de una empresa en un ejercicio dado; en cambio, la utilidad tributaria o renta gravable se determina según las reglas establecidas por la Ley del Impuesto a la Renta y su reglamento, pudiéndose determinar diferencias que hagan que no necesariamente coincidan el resultado contable con el tributario, estas diferencias obligarán al ajuste del resultado según los registros contables, en la declaración jurada. Cfr. ALVA MATTEUCCI, Mario. "Lo que usted debe conocer sobre las pérdidas tributarias de tercera categoría", *Actualidad empresarial*, N°363, noviembre 2016, p.I-1.

absorbe una parte sustancial de las rentas devengadas o afecta la fuente productora de riqueza, en cualquier cuantía¹⁵².

En el caso de los impuestos indirectos suele pensarse que no cabe alegar confiscatoriedad, no obstante, si bien en el impuesto general a las ventas (IGV) la carga económica se traslada al consumidor final, puede haber una afectación al patrimonio del contribuyente, si producto del incremento excesivo de la tasa, un bien o servicio deja de ser consumido al aumentarse su precio, reduciendo las ganancias del contribuyente, también, puede que el contribuyente para evitar el encarecimiento del producto o servicio, asuma la carga tributaria, afectando sus ingresos. Incluso, la situación se agrava cuando el impuesto se regula por tasas diferenciadas o se establecen exoneraciones o inafectaciones, pues el trato diferenciado perjudica a los que se ven afectados con tasas más altas, al generarse una desventaja competitiva¹⁵³.

En el caso de que una misma actividad económica sirva de base para gravar dos impuestos distintos, debemos de tomar en cuenta que no se vulnera de manera automática el principio de no confiscatoriedad, visto que, es una sola la capacidad contributiva de una persona, así los tributos que recaen en el mismo contribuyente afectan un mismo patrimonio. En estos casos, lo que deberá analizarse es si a consecuencia de ello, se ha originado una excesiva presión tributaria sobre el contribuyente, afectando su patrimonio, y para determinar la afectación excesiva de la propiedad privada, se requerirá de un minucioso examen de la contabilidad de la empresa¹⁵⁴.

En el caso de las tasas, entre estas tenemos los arbitrios municipales, en los que se debe distinguir dos momentos: a) la determinación del costo global (se evidencia en el informe técnico anexo a la ordenanza), y b) la distribución de este costo global entre todos los contribuyentes (en base a criterios razonables de distribución), siendo importante el primero pues para una correcta distribución del costo de servicio entre los contribuyentes, es indispensable que el monto sea lo que realmente corresponde distribuir¹⁵⁵.

¹⁵²Cfr. PICÓN GONZALES, Jorge Luis. "La aplicación del principio de no confiscatoriedad frente a diversas actuaciones del fisco". En: Jesús Cordova Schaefer (Coord.), *Teoría general del Derecho Constitucional*, Lima, Ediciones Caballero Bustamante, 2009, p.616.

¹⁵³Cfr. DEL CARPIO TORRES, Op. Cit., pp.193-194.

¹⁵⁴Cfr. STC N° 02302-2003-AA/TC, Op. cit., Fundamento jurídico 19.

¹⁵⁵Cfr. STC N° 00053-2004-PI/TC, Op. cit., Punto VIII, A4

La evaluación de confiscatoriedad cuantitativa resulta difícil por lo complicado de su determinación con alcance general, por lo que, se debe verificar conforme a las particularidades de cada caso concreto. Pero, en situaciones como la determinación del monto global del arbitrio en base a montos sobrevalorados o montos no justificados, por ejemplo, ante la inexistencia del informe técnico financiero, se aprecia la confiscatoriedad, al imponer al contribuyente cargas tributarias que no se condicen con la realidad¹⁵⁶.

Asimismo, la confiscatoriedad de manera cualitativa se daría al exigirse el pago del arbitrio sin respetar otros principios tributarios, de ahí que si la municipalidad no ha puesto a disposición del vecino la prestación del servicio, vulneraría la reserva de ley, pues se cobra en base a una circunstancia generadora inexistente. Por ejemplo, si “x” número de ciudadanos pueden tener a su disposición, de manera real o potencial “y” de camionetas de serenazgo¹⁵⁷.

Por otra parte, en el caso que se declare la confiscatoriedad de un tributo en el Perú, es apreciable en diversas sentencias del TC que se declara la inconstitucionalidad del tributo íntegramente, no obstante en el caso de la Corte Suprema de la Nación de Argentina se establece que los efectos de la declaración de confiscatoriedad del tributo sólo alcanza a nulificar la porción del monto excesivo¹⁵⁸. A nuestro parecer, resultaría positivo que se considere que el TC declare la inconstitucionalidad del exceso y las personas paguen la cuota constitucional, para lo cual, será necesario que se realicen pericias contables y tributarias que permitan al Tribunal conocer el monto que resulta confiscatorio, lo que a la vez, le permitirá realizar un análisis minucioso y preciso del tributo y sus efectos confiscatorios.

En conclusión, el principio de no confiscatoriedad tiene la estructura propia de un concepto jurídico indeterminado, en virtud de ello, no es posible de manera general precisar su alcance sino que se requiere un análisis de cada caso concreto, tomando en cuenta la clase de tributo y las circunstancias del contribuyente. Pese a ello, conforme a las funciones que desempeña en un Estado democrático de derecho se vulnera el principio de no confiscatoriedad con carácter general cuando

¹⁵⁶Ibídem, Punto VIII, C1.

¹⁵⁷Ídem.

¹⁵⁸Cfr. RUBIO, 1999, Op. Cit., p.424.

se supera el límite considerado como razonable para no afectar el derecho de propiedad del obligado tributario.

2.4. Relación del principio de capacidad contributiva con el principio de no confiscatoriedad

En la doctrina existen tres teorías relacionadas a los vínculos que presentan el principio de no confiscación y el principio de capacidad contributiva. En primer lugar, un sector que plantea la negación absoluta del principio de no confiscación en materia tributaria, por considerar que este se reconduce completamente al principio de capacidad contributiva. En segundo lugar, hay otro sector que plantea que si bien el principio de no confiscación puede considerarse una reiteración del principio de capacidad contributiva, debe de otorgársele importancia en la interpretación del principio de capacidad contributiva. Una tercera postura plantea la autonomía del principio de no confiscación en materia tributaria y afirma que complementa al principio de capacidad contributiva, siendo esta la postura del Tribunal Constitucional español, Tribunal Supremo español, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano y Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia venezolano¹⁵⁹.

En nuestro caso nos adherimos a la última teoría que considera que el principio de no confiscatoriedad es autónomo y no la reiteración del principio de capacidad contributiva, además, en nuestro país se adoptado dicha postura, como lo hemos visto en diversos pronunciamientos del TC, en los que se refiere a cada principio de manera autónoma sin señalar que se traten de términos sinónimos.

Así, el TC sostiene que el principio de no confiscatoriedad se encuentra directamente conectado con el principio de capacidad contributiva, de acuerdo al cual, el reparto de los tributos ha de realizarse de forma tal que se trate igual a los iguales y desigual a los desiguales, de tal manera, las cargas tributarias han de recaer donde exista riqueza que pueda ser gravada, que implica que se considere la capacidad personal o patrimonial de los contribuyentes¹⁶⁰.

¹⁵⁹Cfr. ATENCIO BALLADARES, Guillermo. *El principio de no confiscación en materia tributaria. Evolución y situación actual en España y Venezuela*, 2014 [ubicado el 15.III 2018]. Obtenido en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=54339>

¹⁶⁰Cfr. BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Veinte años después*, 6ª ed, Lima, IDEMSA, 2012, p.409.

El principio de capacidad contributiva exige ubicar la riqueza susceptible de tributación, por lo que, el legislador solo está autorizado para establecer cargas tributarias donde estas se manifiesten, constituyendo la presencia de una renta, patrimonio o un índice de gasto, movimientos de riqueza de los gobernados que permiten presumir su actitud contributiva¹⁶¹. Este principio tiene dos límites, uno inferior que es el mínimo exento, y uno superior que es el principio de no confiscatoriedad, así nos encontramos ante una arbitrariedad e inconstitucionalidad cuando el legislador sobrepasa cualquiera de dichos límites¹⁶².

Para Alberto Tarsiano el TC tiende un puente entre el principio de capacidad contributiva y el principio de no confiscatoriedad con la razonabilidad y la proporcionalidad, pues para que exista una relación de compatibilidad entre la tributación y el derecho de propiedad, las afectaciones a esta deben ser razonables y proporcionadas, de manera que no constituyan una apropiación indebida de la propiedad privada, resultando las afectaciones a la propiedad razonables si tienen por objeto contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, debiendo hacerse en la medida y proporción de la capacidad contributiva de cada persona o empresa¹⁶³. Conforme a Rodolfo Spisso al admitirse que existe confiscatoriedad en el caso de que los tributos absorban una parte sustancial de las rentas reales o potenciales de un capital o una actividad racionalmente explotados, se presupone la existencia de capacidad contributiva, que queda protegida bajo el manto del principio de no confiscatoriedad¹⁶⁴.

De lo expuesto, se aprecia que en primer lugar el principio de no confiscatoriedad se transgrede con carácter general si un tributo excede el límite razonable a fin de no vulnerar el derecho a la propiedad, siendo las afectaciones a la propiedad razonables cuando su objeto es contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. En segundo lugar, el principio de capacidad contributiva permite que cada persona o empresa contribuya con los gastos públicos de acuerdo a su capacidad contributiva, de lo contrario, estaremos ante un tributo confiscatorio.

¹⁶¹Cfr. GARCÍA BUENO, 2009, Op. Cit., p.59.

¹⁶²Cfr. DE VICENTE DE LA CASA, Fernando. "Los principios de capacidad económica y no confiscatoriedad como límite a la concurrencia de tributos", *Crónica Tributaria*, N°144, 2012, p.153.

¹⁶³Cfr. TARSIANO, Op. Cit., p.124.

¹⁶⁴ Aut. Cit. Cfr. RITA LUCHESSI, Cristina. *La libertad como límite al poder de imposición. El principio constitucional de no confiscatoriedad*, 2005 [ubicado el 15.X 2018]. Obtenido en: <http://biblioteca.vaneduc.edu.ar/#/ficha/33958>, p.34.

Por el principio de capacidad contributiva se exige un límite mínimo que constituirá una zona de inmunidad fiscal, ya que no toda riqueza es susceptible de contribuir a los gastos públicos para la satisfacción de las necesidades comunes, dado que hay un mínimo de riqueza que se debe mantener libre de impuestos, al necesitarla la persona para su subsistencia. Por otro lado, el principio de no confiscatoriedad se constituirá en un límite máximo, dado por la exigencia de no agotar la riqueza con el pretexto de contribuir¹⁶⁵.

Como hemos visto, existe una fuerte conexión entre el principio de capacidad contributiva y no confiscatoriedad, incluso se confunden en un punto, dado que toda carga confiscatoria afecta la capacidad contributiva aunque no toda afectación de esta produce un efecto confiscatorio¹⁶⁶. De tal manera, el fenómeno de la tributación excesiva, trae a colación la capacidad contributiva, ya que lo excesivo de un tributo, surge del examen de la capacidad contributiva del obligado¹⁶⁷.

En conclusión, si bien la potestad tributaria es aquella facultad que ostenta el gobierno central, regional y local de crear, modificar, suprimir y exonerar tributos, esta potestad no puede ser ejercida sin tomar en cuenta los principios constitucionales tributarios, como el principio de capacidad contributiva y el principio de no confiscatoriedad, ya que el legislador en el **hecho de incidencia** solo puede gravar manifestaciones de riqueza que no afecten el **mínimo exento** (capacidad contributiva) y que no supere el **límite razonable** a fin de no vulnerar el derecho a la propiedad privada (no confiscatoriedad).

¹⁶⁵Cfr. MASBERNAT, Op. Cit., p.305.

¹⁶⁶Cfr. TARSIANO, Op. Cit., p.124.

¹⁶⁷Cfr. VILLANUEVA GUTIÉRREZ, Walker. *El principio informador en la tasa: el beneficio, el costo y la capacidad contributiva*, 1998 [ubicado el 15.X 2018]. Obtenido en: <http://www.ifaperu.org/NuestrasPublicaciones/Articulos>, p.77.

CAPÍTULO 3

RELACIONES ENTRE LOS MÉTODOS DE PRECIO DE TRANSFERENCIA APLICABLE A LAS TRANSACCIONES CON COMMODITIES CON LOS PRINCIPIOS DE CAPACIDAD CONTRIBUTIVA Y NO CONFISCATORIEDAD

Producto de la globalización y el surgimiento de las empresas multinacionales, surge el riesgo que éstas empleen estrategias de planificación fiscal, como distorsionar los precios de transferencia a fin de trasladar sus utilidades a países no cooperantes o de baja o nula imposición, o aquellos sujetos a un régimen fiscal preferencial. En razón de ello, las administraciones tributarias emplean diversos métodos para determinar los precios de transferencia, siendo el recomendado por la OCDE en el caso de commodities el método de precio comparable no controlado.

No obstante, en nuestro país si bien normativamente se ha establecido dicho método como la regla general, en la práctica se trata de la excepción, al haber sido muy estricto el legislador al establecer los requisitos para su aplicación, por lo que, en la realidad el método a aplicar por regla general es el sexto método. En vista de ello, se analizará que método resulta más apropiado para establecer los precios de transferencia conforme al principio de capacidad contributiva y al principio de no confiscatoriedad, proponiendo soluciones a fin de que sea viable la efectiva aplicación del método de precio comparable no controlado, dado que la lucha contra la elusión fiscal tiene que ir de la mano con el respeto de los mencionados principios.

3.1. El método de precio comparable no controlado como coherente con los principios de capacidad contributiva y no confiscatoriedad

El método de precio comparable no controlado – CUP- es el recomendado por la OCDE para fijar los precios de transferencia de los commodities, pues se encuentra conforme al principio de plena competencia y fija el precio considerando las prácticas del mercado de commodities, permitiendo que la potestad tributaria sea ejercida por la administración tributaria respetando el principio de capacidad contributiva y el principio de no confiscatoriedad.

3.1.1. El método de precio comparable no controlado y las prácticas del mercado de commodities

Cuando negocian las empresas independientes, las fuerzas del mercado serán las que determinen las condiciones pactadas, así como, la fijación del precio en una determinada transacción. En cambio, cuando las empresas vinculadas negocian entre sí para intercambiar bienes o servicios existe la posibilidad de que los precios sean manipulados. Al respecto, sostiene Marcial García que las empresas multinacionales como realizan sus transacciones en países que tienen diferentes regulaciones tributarias y tasas impositivas, se ven incentivadas económicamente a reubicar sus utilidades a países que cuentan con la menor carga impositiva¹⁶⁸. Por ello, a fin de evitar la elusión fiscal, es necesario que se realicen los ajustes necesarios en los precios de transferencia de acuerdo al principio de plena competencia.

El principio de plena competencia ha tenido acogida en varios países, la OCDE explica que las razones por las cuales el mencionado principio ha sido adoptado por países pertenecientes a dicha organización, así como por países no miembros, consisten en que hace posible el mismo trato tributario para las empresas multinacionales y las empresas no vinculadas, impidiendo que existan ventajas y desventajas impositivas que distorsionen la competencia de las empresas, de tal manera, propicia el crecimiento del comercio internacional y la inversión¹⁶⁹.

¹⁶⁸Cfr. GARCÍA SCHRECK, Op. Cit., p.255.

¹⁶⁹Cfr. OECD, *Directrices de la OCDE*, 2017, Op. Cit., p.42.

Tenemos cinco métodos basados en el principio de plena competencia, uno de ellos es el método de precio comparable no controlado - CUP, siendo el método preferido, debido a que cuando es posible su aplicación y ofrece resultados confiables, no hay necesidad de acudir a los otros métodos. En el CUP se compara los precios de operaciones vinculadas con los precios de operaciones independientes en condiciones comparables, debiéndose realizar un análisis de comparabilidad, considerando las diferencias en las características de los bienes, las condiciones de la operación (plazo de entrega, volumen, financiación, garantías, costos de seguro y flete, y otras) y las circunstancias del negocio, como los mercados geográficos, el nivel de demanda y de oferta. En el caso de productos con precios internacionales de público y notorio conocimiento, se computa estos valores, es decir, los comparables externos, con los ajustes de comparabilidad pertinentes, además, si existe más de una transacción comparable, se elabora un rango intercuartil con las observaciones para establecer los extremos de precios *arm's length*¹⁷⁰.

En el caso de las operaciones con commodities, es decir, aquellos productos en los que mediante una cotización se fija su precio en las transacciones entre las empresas no vinculadas, el CUP resulta ser un método idóneo a fin de establecer el precio de plena competencia, el cual puede determinarse teniendo en cuenta las transacciones no vinculadas comparables o los acuerdos independientes comparables que representa la cotización, pues ésta suele reflejar lo pactado entre compradores y vendedores independientes en el mercado, sobre el precio de un determinado commodity, negociado en determinadas condiciones¹⁷¹.

El CUP permite que al momento de determinar la administración tributaria el valor de mercado de los commodities a efectos de aplicar el impuesto a la renta a los precios de transferencia, fije un valor que guarde concordancia con la realidad de la transacción, pues no desconoce las prácticas del mercado, debido a que se determina su precio de acuerdo precios internacionales de público y notorio conocimiento aplicando los ajustes necesarios o mediante la comparación de los precios de operaciones vinculadas con los fijados en las operaciones

¹⁷⁰Cfr. GOLDEMBERG, Op. Cit., p.521.

¹⁷¹Cfr. OECD, 2016, Op. Cit., p.61.

independientes, lo cual resulta importante en bienes como los commodities¹⁷², dado que aplicar un método poco flexible que ignore como se negocian los commodities, puede generar una afectación económica en las empresas vinculadas, al calcularse el impuesto a la renta con un precio que resulta mayor al fijado por las partes vinculadas, lo que a larga desincentivará la inversión privada.

Además, resulta apropiado aplicar el CUP, en los commodities por sus propias características¹⁷³, ya que el mencionado método se debe aplicar cuando es posible encontrar operaciones no vinculadas comparables, y siendo los commodities productos genéricos que en la mayoría de los casos no presentan transformación, no es complicado encontrar operaciones no vinculadas comparables. Cabe precisar que, una transacción entre empresas independientes puede compararse con una transacción entre empresas vinculadas cuando: “a) ninguna de las diferencias (si las hubiera) entre las operaciones que se comparan, o entre las dos empresas que llevan a cabo esas operaciones, influye significativamente en el valor normal de mercado; o b) pueden realizarse ajustes lo suficientemente precisos como para eliminar los efectos importantes que provoquen esas diferencias”¹⁷⁴. De modo que, el mencionado método es confiable cuando una empresa no vinculada comercializa un producto igual al que es objeto de transacción entre empresas vinculadas.

“(…) Por ejemplo, una empresa independiente vende granos de café de Colombia sin marca, de clase, calidad y en cantidad similares a los vendidos entre dos empresas asociadas, suponiendo que la operación vinculada y la no vinculada ocurren más o menos contemporáneamente, en la misma fase de la cadena de producción/distribución, y en condiciones similares. Si la única operación no vinculada a la que puede recurrirse para efectuar la comparación fuera la realizada con granos de café de Brasil sin marca, sería necesario averiguar si la diferencia en los granos de café afecta significativamente al

¹⁷²Los commodities se negocian al contado y a plazo, existiendo contratos de futuros y opciones en las principales materias primas, fijándose fundamentalmente los precios conforme a la oferta y demanda. En el caso del mercado al contado de la mayoría de commodities es extremadamente volátil, por otro lado, en el mercado de futuros sobre commodities el mecanismo de arbitraje contado futuro garantiza la correcta formación del precio del futuro. Cfr. AHMAD RAHNEMA, Josep Faus. *Cómo interpretar la prensa económica y financiera*, Barcelona, Ediciones Deusto, 2001, pp. 177-180.

¹⁷³Los commodities son productos con atributos no diferenciados, entre los commodities agrícolas encontramos a los bienes primarios como el arroz, café, maíz, trigo, frijol, caña de azúcar, etc; y entre los commodities no agrícolas tenemos al petróleo, oro, plata, cobre, entre otros. Incluso, actualmente los activos financieros son considerados commodities, cuando no se tratan de valores/ *securities*, así tenemos los índices bursátiles, las tasas de interés o de referencia, las divisas, etc. Cfr. ARTEAGA DE MORALES, Hada. *La nueva dinámica del mercado de los commodities*, 2008 [ubicado el 15.X 2018]. Obtenido en: http://www.bcr.gob.sv/esp/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=304, pp.1-2.

¹⁷⁴OECD, *Directrices de la OCDE*, 2017, Op. Cit., p.114.

precio. Por ejemplo, habría que preguntarse si la procedencia de los granos de café implica una prima o un descuento en el mercado libre. Está información se puede obtener en el mercado de materias primas o se puede deducir de los precios entre comerciantes. Si esta diferencia tiene un importante efecto sobre el precio habría que practicar ciertos ajustes. En caso de no poder hacer un ajuste lo suficientemente preciso se reducirá la fiabilidad de este método pudiendo plantearse la necesidad de optar por un método menos directo”¹⁷⁵.

Por otro lado, el CUP considera las prácticas del mercado de commodities, incluso al momento de determinar la fecha pactada por las partes vinculadas para fijar el precio de transferencia, lo cual resulta relevante en bienes como los commodities cuyos precios presentan alta volatilidad. Así conforme a este método la fecha en la que se determina el precio será aquella que definan las partes vinculadas para fijar el precio de la transacción de commodities; sin embargo, en el caso de que lo acordado por las partes no sea coherente con las prácticas de la industria, la administración tributaria fijará otra fecha conforme a dichas prácticas, y de no ser posible ello, la autoridad tributaria tomará el precio del commodity al momento del embarque¹⁷⁶.

En conclusión, la aplicación del CUP para determinar el precio de los commodities resulta apropiado, pues nos va a llevar a determinar el precio de acuerdo a las prácticas del mercado y teniendo en cuenta la fecha en la que se produjo realmente la transacción, lo que permite que la administración tributaria al aplicar un método para establecer el precio de transferencia de los commodities a efectos del impuesto a la renta, no vulnere principios constitucionales tributarios.

3.1.2. El método de precio comparable no controlado y el principio de capacidad contributiva

Como sabemos la potestad tributaria no puede ser ejercida de manera arbitraria, pues encuentra su límite en los principios constitucionales tributarios, los que funcionan como garantías que pueden oponerse frente a dicha potestad¹⁷⁷. Por ello, deben ser observados en la elaboración de la legislación tributaria y en su aplicación¹⁷⁸. Sin embargo, cuando el legislador establece impuestos sin tomar en

¹⁷⁵Ibídem, p.116.

¹⁷⁶Cfr. EY Colombia, *Beps Acción 10*, Op. Cit., p.3.

¹⁷⁷Cfr. LEÓN. Op. Cit., p.133.

¹⁷⁸Aut.Cit. Cfr. YANGALI, Op. Cit., p.62.

cuenta la realidad económica, puede vulnerar los principios constitucionales tributarios, como el principio de capacidad contributiva y el principio de no confiscatoriedad.

El principio de capacidad contributiva se nutre del principio de igualdad establecido expresamente en la Constitución, por lo que, el método a establecerse para fijar los precios de transferencia, debe guardar coherencia con el principio de igualdad, lo que es posible con la aplicación del CUP, al determinarse el precio de transferencia conforme al precio que fijarían las partes independientes en operaciones comparables, considerando las prácticas en el mercado de commodities.

Así la administración tributaria a efectos de determinar el impuesto a la renta, no vulneraría el principio de igualdad tributaria en su vertiente de igualdad en la ley, pues el precio de transferencia se fijaría en consonancia con la realidad de la transacción, lo que genera que las empresas vinculadas soporten la misma carga tributaria que las empresas no vinculadas.

El principio de capacidad contributiva es un presupuesto que brinda legitimidad a la aplicación del tributo y a la vez, limita al legislador, pues solo puede gravar manifestaciones de riqueza que han sido exteriorizadas por el contribuyente¹⁷⁹. De tal manera, resultaría arbitrario que el legislador establezca un método para fijar los precios de transferencia que no refleje la realidad de la operación, pues vulneraría el principio de capacidad contributiva al no gravarse una manifestación de riqueza real de las empresas vinculadas que se dedican al comercio de los commodities, afectando la solvencia económica de estas empresas.

Por ello, el método para fijar los precios de transferencia de los commodities debe aproximarnos a la realidad de la transacción, siendo justamente ello lo que nos permite el CUP, pues busca determinar el precio de plena competencia, es decir, el que fijarían las empresas independientes, teniendo en cuenta las prácticas en el mercado de commodities y las condiciones pactadas por las partes.

Así, el principio de capacidad contributiva no se ve afectado con la aplicación del método de CUP, pues al establecer el precio de transferencia buscando aproximarse a la realidad de lo pactado por las partes, permite que la obligación de pago sea proporcional a la capacidad contributiva de las empresas vinculadas y no

¹⁷⁹Cfr. GAMBA, Op. Cit., pp. 47-48.

en base a precios de transferencia que no concuerdan con el uso y costumbres del mercado de commodities.

La aplicación del CUP al permitir fijar los precios de transferencia en consonancia con lo que acontece en la realidad en las transacciones entre empresas vinculadas, permite que el Estado encuentre legitimidad para instar a los obligados tributarios a que cumplan con su deber de contribuir, pues afecta verdaderos hechos económicos que realizan las empresas vinculadas, y que evidencian su real capacidad de soportar la carga tributaria.

Aunado a ello, la fijación del precio de transferencia conforme al CUP permite que el legislador al dictar normas tributarias respete el principio de capacidad contributiva como un límite para impedir que el legislador en su libertad de configuración distorsione la manifestación de riqueza sometida a gravamen. En virtud que, el método en mención fija el precio de transferencia aproximándose a la realidad de la operación, permitiendo que la administración tributaria grave una manifestación de riqueza real.

El principio de capacidad contributiva presenta dos vertientes una absoluta u objetiva y una relativa o subjetiva¹⁸⁰, siendo la primera la aplicable en el caso de las personas jurídicas. El CUP permite que el legislador al establecer el presupuesto de hecho base del tributo, lo haga sobre un hecho indicativo de capacidad económica, aplicando el impuesto a la renta en los precios de transferencia conforme a la realidad de la transacción, que exterioriza un verdadero índice de riqueza, no afectando las rentas de las empresas vinculadas.

Por tanto, el principio de capacidad contributiva no se ve vulnerado con la aplicación del CUP, permitiendo que este principio cumpla con su doble función, de legitimar el poder tributario y limitar a dicho poder, la primera al gravarse manifestaciones de riqueza reales que reflejan la aptitud de las empresas vinculadas de soportar cargas tributarias, y la segunda, porque permite que el principio de capacidad contributiva se constituya en un real límite a la libertad de configuración del legislador, al no gravar manifestaciones de riqueza distorsionadas.

¹⁸⁰Cfr. ROBLES, Op. Cit., p.284.

3.1.3. El método de precio comparable no controlado y el principio de no confiscatoriedad

El principio de no confiscatoriedad lo encontramos en el artículo 74° de la Constitución que dispone que “ningún tributo puede tener carácter confiscatorio”. Se trata de un parámetro impuesto por la Constitución al legislador al momento de establecer la base imponible y la tasa del tributo, debiendo respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad, además, se ve vulnerado este principio de manera general en el caso de que un tributo exceda el límite apreciado como justificado en un régimen que protege el derecho a la propiedad, el que constituye un elemento básico y esencial de nuestra Constitución económica¹⁸¹.

La aplicación del CUP para determinar el precio de transferencia permite que la administración tributaria determine el impuesto a la renta con un precio de transferencia que se aproxima a la realidad, por lo que, no tiene efectos confiscatorios. Puesto que, establecer el precio de transferencia de los commodities en base a un precio que no concuerda con la realidad de las operaciones con commodities, prescindiendo de las practicas del mercado de commodities y de las condiciones pactadas por las partes, genera que el impuesto a la renta sea determinado en base a un supuesto precio de transferencia, conllevando a que las empresas vinculadas paguen un impuesto mayor al que pagarían si se hubiese determinado conforme al precio pactado por las partes, afectando sus rentas y en consecuencia, su derecho de propiedad.

No se vulnera el principio de no confiscatoriedad con la aplicación del CUP, pues el tributo no excede el límite razonable para vulnerar el derecho a la propiedad de las partes vinculadas. Debido a que, al determinar el CUP un precio de transferencia de acuerdo a la realidad de la transacción, se determina el impuesto a la renta conforme al precio de transferencia pactado por las partes vinculadas, no afectando la medida y la proporción de la capacidad contributiva de las empresas vinculadas con la aplicación del impuesto.

A fin de determinar la existencia de confiscatoriedad tributaria se debe apreciar el valor de bien y otros elementos de juicio que intervienen en la aplicación de un tributo: los elementos conceptuales, la tasa, los caracteres técnicos de

¹⁸¹Cfr. STC N°02727-2002-AA/TC, Op. Cit., Fundamento jurídico 05.

funcionamiento del tributo y el entorno social y económico en el que se aplica el tributo¹⁸². Al establecerse los precios de transferencia con el CUP, la aplicación del tributo no tiene efectos confiscatorios pues se determina el precio de transferencia de manera coherente a la realidad de la transacción con commodities, teniendo en cuenta el contexto social y económico en el que se aplica el tributo.

Ahora, la confiscatoriedad puede mirarse desde un punto de vista cuantitativo y cualitativo, el primero se refiere a un tributo que resulta tan oneroso para el obligado tributario, que conlleva a que extraiga parte importante de su patrimonio o renta, o supera todas sus posibilidades económicas¹⁸³; y el segundo se genera cuando se sustrae ilegítimamente la propiedad del contribuyente al vulnerarse otros principios constitucionales tributarios, careciendo de importancia la suma de lo sustraído, la cual podría ser hasta soportable por el obligado tributario¹⁸⁴.

La aplicación del CUP para fijar los precios de transferencia permite que el impuesto a la renta no tenga efectos confiscatorios desde un punto de vista cuantitativo, debido a que va a gravar una manifestación de riqueza real pues se determina un precio de transferencia que se aproxima a la realidad de la transacción con commodities entre empresas vinculadas. El aplicarse el impuesto a renta según el precio de transferencia pactado por las partes vinculadas, genera que la carga impositiva recaiga sobre la real capacidad contributiva de las partes, sin extraer ilegítimamente parte sustancial del patrimonio de las empresas vinculadas, garantizando el respeto y la protección del derecho de propiedad.

Además, con la utilización del CUP el impuesto a la renta aplicado sobre los precios de transferencia no tiene efectos confiscatorios desde un punto de vista cualitativo, pues no se advierte que vulnere otros principios constitucionales tributarios diferentes al de no confiscatoriedad, máxime, si en el acápite anterior hemos apreciado que el CUP no vulnera el principio de capacidad contributiva sino que resulta coherente con este.

Como las normas de precios de transferencia se van a aplicar a las operaciones que realizan los obligados tributarios del impuesto a la renta con sus partes vinculadas o desde, hacia o a través países no cooperantes o de baja o nula

¹⁸²Cfr. RUBIO, 2005, Op. Cit., p. 220.

¹⁸³Cfr. ROBLES, Op. Cit., p.283.

¹⁸⁴Cfr. STC N°0041-2004-AI/TC, Op. Cit., Fundamento jurídico 56.

imposición, o aquellos sujetos a un régimen fiscal preferencial, resulta importante conocer cómo se vulnera el principio de no confiscatoriedad en el caso de los impuestos. En el impuesto a la renta, este principio se ve transgredido cuando el legislador establece un hecho imponible que no respeta y garantiza el mantenimiento del capital o de los activos netos, lo que podría suceder si un impuesto absorbe una parte importante de las rentas devengadas o afecta la fuente de producción de riqueza, en cualquier monto¹⁸⁵.

Con el CUP, es posible fijar un precio de transferencia coherente con la realidad de la transacción con commodities, permitiendo que el impuesto no sea aplicado a un presunto precio de transferencia, que conlleva que con la aplicación del impuesto a la renta se absorba una parte importante de las rentas obtenidas por las empresas vinculadas, al no concordar el precio pactado por las partes con el precio que la administración tributaria toma a efectos del impuesto a la renta, vulnerándose el principio de no confiscatoriedad.

El principio de capacidad contributiva se encuentra vinculado con el principio de no confiscatoriedad, así el legislador al establecer el método para determinar el precio de transferencia de commodities debe respetar ambos principios, pues la vulneración del primero desencadena que el segundo se transgreda. Por ello, resulta apropiado que el legislador disponga que los precios de transferencia se determinen conforme al CUP y establezca condiciones para su aplicación que permitan que en la realidad sea aplicado por la administración tributaria, ya que permite determinar un precio de transferencia conforme a la realidad de la operación con commodities, gravándose una manifestación de riqueza real, respetando la administración tributaria el principio de capacidad contributiva y el principio de no confiscatoriedad.

Por último, el principio de no confiscatoriedad no se viola cuando se determina el precio de transferencia utilizando el CUP, pues la aplicación del impuesto a la renta no genera efectos confiscatorios cuantitativos y cualitativos, al aplicarse el tributo de acuerdo a la capacidad contributiva de las partes y al no vulnerarse otros principios constitucionales tributarios.

¹⁸⁵Cfr. PICÓN, 2009, Op. Cit., p.616.

3.2. Vulneración a los principios de capacidad contributiva y no confiscatoriedad como consecuencia de la aplicación del sexto método en el Perú

Mediante el Decreto Legislativo N°1381, vigente a partir del 01 de enero de 2019, se modificó la Ley del Impuesto a la Renta, con la finalidad de descartar la aplicación del sexto método para determinar el precio de transferencia de los commodities, estableciendo que en el caso de los commodities corresponde aplicar el método CUP, sin embargo, el legislador fue muy riguroso en señalar las condiciones para su aplicación, exigiendo una comunicación que se debe presentar en un periodo corto (15 días hábiles) a fin de tener en cuenta la fecha o periodo pactado por las partes, comunicación cuyo contenido genera que la mayoría de los obligados tributarios se enfrente a muchas dificultades que les impedirán presentar la referida comunicación o conllevaran a que la presenten de forma incompleta, extemporánea o con información no acorde a lo pactado, convirtiéndose en la realidad la aplicación del sexto método en la regla general y no la excepción.

3.2.1. El sexto método en el Perú y las prácticas del mercado de commodities

El Perú mediante el Decreto Legislativo N°1381, dispone la aplicación del método de precio comparable no controlado para determinar los precios de transferencia de los commodities, según el cual la fecha de cotización será aquella fecha pactada por las partes, bajo determinadas condiciones, entre ellas, que el contribuyente comunique la fecha pactada a la SUNAT, con una anterioridad no menor a 15 días hábiles de la fecha de inicio del embarque o desembarque, sin embargo, la mencionada comunicación ha generado controversia, en cuanto a que si no es presentada o es presentada de manera extemporánea o incompleta, o no es acorde a lo pactado, la SUNAT considerará como fecha de valor de cotización la del término del embarque (exportación) o desembarque (importación), es decir, corresponderá aplicar el “sexto método”, opción que resulta muy probable, teniéndose en cuenta la información que es exigida en la referida comunicación¹⁸⁶, convirtiéndose en la práctica la aplicación del sexto método la regla general.

¹⁸⁶Cfr. Deloitte, Op. Cit.

El numeral 1) inciso e) del artículo 32-A° de la LIR, prescribe que conforme al sexto método, la autoridad tributaria para establecer el precio de transferencia de los commodities a fin de aplicar el impuesto a la renta, debe considerar en las operaciones de exportación o importación de bienes con cotización conocida en el mercado internacional, mercado local o mercado de destino, incluyendo los de instrumentos financieros derivados, o con precios que se fijan tomando como referencia las cotizaciones de dichos mercados, el valor de mercado se determina sobre la base de dichos valores de cotización. Para determinar el valor de mercado, se debe considerar como fecha del valor de cotización la del término del embarque de bienes exportados o del desembarque de bienes importados, como vemos, el valor de mercado de los commodities se fija de acuerdo a su valor de cotización a la fecha de embarque en el caso de las exportaciones, y a la fecha de desembarque para las importaciones.

El sexto método se caracteriza porque ordena calcular el precio internacional a la fecha en que la carga finaliza, con la excepción que el precio pactado sea mayor, sin considerar cuales fueron las condiciones convenidas en la operación y la fecha en que se estableció el precio. Como vemos, este método sustituye las condiciones pactadas por las partes vinculadas por una hipotética operación cerrada el día en que finaliza la carga de la mercadería¹⁸⁷.

En Argentina ha sido criticado el sexto método que ha inspirado el sexto método en el Perú, pues al determinar el valor de cotización del bien a la fecha en que finaliza la carga, ignora la compleja realidad del mercado de commodities, con transacciones de venta a futuro, uso de instrumentos derivados, y otras cuestiones particulares de cada sector, en el que el hecho de soportar el riesgo en un mercado de valores que se caracteriza por su volatilidad interviene significativamente en el precio¹⁸⁸.

El sexto método para determinar el valor de mercado de los commodities a efectos de establecer el precio de transferencia y aplicar el impuesto a la renta, olvida el funcionamiento del mercado del comercio internacional de commodities, en el que los precios se pactan entre terceros conforme a la tendencia del mercado, de

¹⁸⁷Cfr. GOLDEMBERG, Op. Cit., p.519.

¹⁸⁸Cfr. MAZZARONI, Diego. *Implicancias de los Precios de Transferencia en el comercio internacional*, Tesis para optar al grado de Magíster, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2013, p. 83.

acuerdo a lo que las partes prevén en la fecha en que el acuerdo es cerrado, puede que concreten un precio determinado o las variables a efectos de cuantificar el precio en el futuro. Además, cuando las partes negocian el precio de los commodities, lo fijan al concertar la transferencia, es decir, de manera previa al embarque, que lleva días implementarlo¹⁸⁹.

Al establecer el sexto método que debe fijarse el valor de mercado de los commodities conforme al precio de cotización de los productos en el mercado internacional a la fecha de embarque o desembarque del commodity, genera que a pesar de que las partes pacten previamente el precio de los bienes comercializados, la administración tributaria determine un mayor impuesto que no corresponde con la realidad de la transacción, cuando los commodities se cotizan en bolsas del exterior en un valor más alto que el pactado por las partes.

Resulta claro que el sexto método ignora las prácticas del mercado de commodities y las condiciones pactadas en la transacción, las que sustituye por un precio concertado el día en que finaliza la carga, ignorando que las transacciones con commodities se concertan mayormente con entrega diferida, en mercados que sufren constantes fluctuaciones, castigando al exportador en el alza, al tomar el valor de los commodities a la fecha de embarque, y en la baja, ya que si el precio estipulado fuera mayor, este se considerará válido. Es así que, el sexto método busca beneficiar a la autoridad tributaria y que los riesgos de la volatilidad de los precios en las operaciones con commodities sean únicamente soportados por el exportador¹⁹⁰.

Al regular el legislador peruano el sexto método como la opción inmediata ante la falta de la mencionada comunicación o su presentación extemporánea o incompleta, o no acorde a lo pactado, no ha tomado en cuenta de que manera opera el mercado de los commodities, no ha considerado el entorno económico, las prácticas de la industria en el que las empresas vinculadas realizan sus transacciones, lo que perjudica la competitividad internacional de las empresas vinculadas, y a la vez, genera la vulneración de los principios constitucionales tributarios, como el principio de capacidad contributiva y el principio de no confiscatoriedad.

¹⁸⁹Cfr. Ibídem, pp. 521-522.

¹⁹⁰Cfr. OSMAN, Op. Cit., pp. 9-10.

3.2.2. El sexto método y el principio de capacidad contributiva

La aplicación del sexto método pone en una situación de incertidumbre a los obligados tributarios, pues al fijarse el precio de transferencia considerando como el valor de mercado de los commodities al valor de cotización a la fecha de embarque (commodities exportados) o desembarque (commodities importados), sin tomar en cuenta las condiciones acordadas por las partes, conlleva a que dada la volatilidad de los precios de los commodities, la administración tributaria fije un precio de transferencia mayor al realmente pactado por las partes, gravando una manifestación de riqueza ficticia, lo que no es congruente con el principio de capacidad contributiva.

El principio de capacidad contributiva deriva de principio de igualdad tributaria conforme al cual la carga tributaria debe afectar equitativamente a aquellos que se encuentran en las mismas circunstancias económicas y de manera desigual para los que cuentan con distinta situación económica¹⁹¹. Este principio se ve vulnerado al aplicarse el sexto método, pues se fija el valor de mercado de los commodities conforme al valor de cotización a la fecha de embarque o desembarque del commodity, desconociendo las condiciones estipuladas entre las partes, generando que se fije un precio superior al concertado entre las partes vinculadas, soportando estas una mayor carga tributaria que las empresas no vinculadas.

Aunado a ello, como consecuencia de que el legislador peruano ha regulado el sexto método como el método a aplicar ante defecto de la comunicación de las partes indicando la fecha pactada entre otros datos, se ha producido una situación en la que se advierte que no existe igualdad en la ley, pues se ha establecido distinciones artificiosas y arbitrarias al momento de determinar el precio de transferencia a efectos de aplicar el impuesto a la renta a las empresas vinculadas en contraste con las empresas independientes, ocasionando desventajas competitivas entre ellas y afectando la solvencia económica de las empresas vinculadas, lo que resulta contrario con los postulados que plantea nuestra Constitución Económica.

La capacidad contributiva es aquella aptitud con la que cuenta una persona para poder ser sujeto pasivo de cargas tributarias, en cuanto revela manifestaciones de

¹⁹¹Cfr. BRAVO, 2006, Op. Cit., p. 114.

riqueza¹⁹², sin embargo, al aplicar la administración tributaria el sexto método para establecer el valor de mercado de los commodities se transgrede el principio de capacidad contributiva, pues se grava una renta ficta que no se encuentra reflejada en el contrato celebrado entre las partes, ni en la facturación, máxime, si en la práctica no es usual conforme al uso y costumbres del mercado de commodities convenir los precios a la fecha del embarque o desembarque, lo que conlleva a que la administración tributaria determine el impuesto a la renta en base a una manifestación de riqueza distorsionada.

Al vulnerarse el principio de capacidad contributiva, no es posible que este cumpla con su doble función, de brindar legitimidad al poder tributario y limitar a dicho poder¹⁹³. Puesto que, con la aplicación del sexto método, el Estado no grava manifestaciones de riqueza reales, perdiendo legitimidad el Estado de exigir a los contribuyentes el deber de contribuir, al no gravar hechos que reflejan la real capacidad económica de las empresas vinculadas para contribuir con el gasto público, dado que fijar el valor de mercado de los commodities en base a una operación cerrada en la fecha de embarque o desembarque conlleva a que se grave una manifestación de riqueza inexistente.

Tampoco, se aprecia que el legislador haya considerado que un límite de la potestad tributaria es el principio de capacidad contributiva, pues si bien ha considerado tomar en cuenta la fecha pactada por las partes, por otro lado, ha impuesto condiciones para ello como una comunicación, que los contribuyentes en su mayoría, no podrán cumplir, quedando como método a aplicar el sexto método, el mismo que determina el precio de transferencia de los commodities sin considerar como funciona el mercado de los commodities, generando una regulación que distorsiona la manifestación de riqueza sometida a gravamen, por lo que, resulta inconstitucional el “sexto método” que se encuentra regulado en el numeral 1) inciso e) del artículo 32-A° de la LIR.

El principio de capacidad contributiva presenta dos vertientes, entre estas se encuentra la capacidad contributiva absoluta según la cual el legislador establece el supuesto de hecho base del tributo de acuerdo a la capacidad abstracta de las

¹⁹²Cfr. TARSIANO, Op. Cit., p.121.

¹⁹³Cfr. Ibídem, p.120.

empresas para aportar al sostenimiento de las cargas públicas¹⁹⁴, lo que evidentemente ha sido ignorado por el legislador peruano al establecer el sexto método como el método a aplicar ante el incumplimiento de las condiciones para tomar en cuenta la fecha pactada por las partes, pues el sexto método al no considerar las prácticas del mercado de commodities abre la posibilidad que se determine el valor de mercado en un monto excesivamente mayor al pactado por las partes, dada la gran volatilidad de los commodities, no teniendo certidumbre las empresas vinculadas respecto al monto del impuesto que tendrán que pagar.

Por lo dicho, justamente en Argentina, Matías Olivero promovió la derogación del sexto método, pues considera que se trata de un método “ilegítimo por violentar el principio de capacidad contributiva, gravando una renta ficta, y por crear una sanción contraria a las prácticas normales de mercado y el fin perseguido por las normas de precios de transferencia (...)”¹⁹⁵, así el sexto método resulta ser un método inconstitucional para establecer los precios de transferencia ya que vulnera el principio de capacidad contributiva.

En conclusión, el sexto método vulnera el principio de capacidad contributiva pues determina que se fije el valor de mercado de los commodities conforme a su valor de cotización a la fecha de embarque o desembarque, olvidando las prácticas en el mercado de commodities y desconociendo lo pactado por las partes vinculadas, lo que genera que la administración tributaria determine un valor de mercado que difiere del precio de transferencia real establecido por las partes, aplicando el impuesto a la renta sobre una manifestación de riqueza distorsionada.

3.2.3. El sexto método y el principio de no confiscatoriedad

El principio de no confiscatoriedad se encuentra regulado en el artículo 74° de nuestra constitución, y busca que la potestad tributaria estatal no sea ejercida de manera desproporcionada o irrazonable, privando a los obligados tributarios de su propiedad y rentas¹⁹⁶, sin embargo, con la aplicación del sexto método para determinar los precios de transferencia se vulnera este principio.

¹⁹⁴Cfr. MASBERNAT, Op. Cit., p. 310

¹⁹⁵EL CRONISTA. *Un método Argentino de control del comercio de cereales será aceptado por la OCDE pero con reparos*, 2014 [ubicado el 15.X 2018]. Obtenido en: <https://www.cronista.com/economiapolitica/Un-metodo-argentino-de-control-del-comercio-de-cereales-sera-aceptado-por-OCDE-pero-con-reparos-20141110-0040.html>

¹⁹⁶Cfr. INFORMATIVO CABALLERO BUSTAMANTE, Op. Cit., pp.A1-A2.

El principio de no confiscatoriedad se infringe cuando la administración tributaria aplica el sexto método, pues fija el valor de mercado conforme al valor de cotización del commodity a la fecha de embarque o desembarque, prescindiendo de las condiciones pactadas entre las partes, conllevando a que al determinarse el impuesto a la renta sobre un precio de transferencia discordante con el real, se absorba una parte sustancial de la renta del contribuyente, al encontrarnos con un precio mayor al acordado por las partes vinculadas, lo que evidencia un ejercicio arbitrario de la potestad tributaria.

Con la aplicación del sexto método se vulnera la esfera patrimonial de las personas jurídicas, afectando su derecho de propiedad, pues el legislador ha previsto un método para fijar el valor de mercado de los commodities entre empresas vinculadas, sin tener en cuenta cómo opera el mercado de commodities y como se fijan los precios en este, a fin de aplicar el impuesto a la renta. Máxime, si la potestad tributaria no debe ser utilizada como un mecanismo destructivo de la economía, las familias y la sociedad, superando los límites más allá de los cuales los obligados tributarios no pueden soportar la carga tributaria¹⁹⁷.

Ahora, la confiscación con la aplicación del sexto método debemos evaluarla desde un punto de vista cuantitativo y cualitativo. Se vulnera el principio de no confiscatoriedad en su vertiente de cuantitativa con la aplicación del mencionado método, que conlleva a que se fije un precio de transferencia mayor al estipulado por las empresas vinculadas, al considerar que el precio de transferencia se fija a la fecha de embarque (exportación) o desembarque (importación), sin considerar lo estipulado por las partes y que en el mercado de los commodities se suelen fijar los precios al concertar la transferencia dada la gran volatilidad de sus precios, por ende, de manera previa al embarque o desembarque.

Incluso, **Enrique Díaz** afirma que las empresas dedicadas a la exportación de commodities en virtud de la regulación del sexto método, desembolsaron montos millonarios adicionales por impuesto a la renta, en Argentina, Ecuador y Colombia, en los que la aplicación del sexto método conllevó a que se realicen ajustes millonarios, así en la exportación de bananos ecuatorianos el ajuste fue de US\$

¹⁹⁷Cfr. ROBLES, Op. Cit., p.283.

230 millones, de la misma manera sucedió en el caso del café, soya y minerales¹⁹⁸. De lo expuesto, se refleja claramente como la aplicación del sexto método obliga a las empresas vinculadas a desembolsar grandes sumas de dinero, en otras palabras, a extraer parte sustancial de su renta, por ello el impuesto a la renta aplicado a los precios de transferencia resulta ser un tributo confiscatorio.

Con la aplicación del sexto método se vulnera el principio de no confiscatoriedad de una manera cualitativa, ya que como hemos visto, este método no resulta coherente con los postulados del principio de capacidad contributiva, pues grava una manifestación de riqueza distorsionada que no se condice con lo estipulado por las partes vinculadas, ni con los usos y costumbres del mercado de commodities. Es importante que el legislador al regular el método a aplicar para determinar el valor de mercado de los commodities negociados entre empresas vinculadas prevea las medidas adecuadas para no afectar la esfera patrimonial de las empresas vinculadas, más aún si el TC manifiesta que el hecho imponible establecido por el legislador debe garantizar la preservación del capital o de los activos netos¹⁹⁹.

En virtud de ello, el legislador a fin de considerar la fecha pactada por las partes no debió prever formalidades (comunicación) complejas, generando alta probabilidad de que las partes no cumplan con está, conllevando a que se aplique en la mayoría de los casos el sexto método, conforme lo establece el numeral 1) inciso e) del artículo 32-A° de la LIR modificado por el Decreto Legislativo N° 1381, por lo que resulta necesario modificar el referido artículo a fin de establecer un método y la forma de su aplicación de manera que no resulte contrario al principio de no confiscatoriedad

El legislador antes de establecer cargas tributarias debe considerar la capacidad contributiva de las empresas vinculadas o contribuyentes, no obstante, el legislador peruano ha ignorado ello, conllevando a que se vulnere tanto el principio de capacidad contributiva como el principio de no confiscatoriedad, afectando la solvencia económica de las empresas vinculadas, y generando que estas se

¹⁹⁸Cfr. ESAN. *El "sexto método" para los precios de transferencia*, 2012 [ubicado el 25.X 2018]. Obtenido en: <https://www.esan.edu.pe/conexion/actualidad/2012/11/08/sexta-metodo-precios-transferencia/>

¹⁹⁹Cfr. PICÓN, 2009, Op. Cit., p.616.

encuentren en desventaja competitiva frente a las empresas independientes, desincentivando la inversión privada.

En un Estado Democrático de Derecho, en el que se ha protegido el derecho a la propiedad, no es admisible que con la aplicación del sexto método se vulneren los principios constitucionales tributarios, como el principio de capacidad contributiva y el principio de no confiscatoriedad, siendo necesario que el legislador peruano establezca un método y las condiciones para su aplicación para determinar el valor de mercado de los commodities negociados entre empresas vinculadas, concordante con la realidad, pues la actual regulación resulta inconstitucional.

Podemos concluir que al determinarse el impuesto a la renta sobre los precios de transferencia fijándose el valor de mercado de los commodities mediante el sexto método debido a la baja probabilidad de que las partes cumplan con la mencionada comunicación para que se tome en cuenta la fecha pactada, se vulnera el principio de no confiscatoriedad, pues se afecta el derecho de propiedad de las empresas vinculadas más allá de lo razonable, al no considerarse su real capacidad contributiva.

3.3. Propuesta de un método de determinación del precio de transferencia aplicable a las transacciones con commodities a fin de evitar lesionar los principios de capacidad contributiva y no confiscatoriedad

En la legislación peruana se ha regulado el método de precio comparable no controlado para establecer el valor de mercado de los commodities a efectos de aplicar la regulación de los precios de transferencia, sin embargo, debido a lo estricto que ha sido el legislador al establecer las condiciones para su aplicación, genera que en la mayoría de los casos no se aplique, convirtiéndose en la regla general la aplicación del sexto método, el cual vulnera el principio de capacidad contributiva y el principio de no confiscatoriedad, lo que perjudica la inversión privada y el comercio. Por dichas razones, es necesario adoptar un método sin establecer condiciones que limiten irrazonablemente su aplicación y que a la vez, permita a la administración tributaria no verse afectada por los BEPS si ignorar como opera el mercado de los commodities y las condiciones estipuladas por las empresas vinculadas.

3.3.1. Prácticas en el mercado de commodities

El legislador peruano para regular como se deben determinar los precios de transferencia en operaciones con commodities a efectos de aplicar el impuesto a la renta, debe conocer cómo opera el mercado de los commodities, así como, cuales son los usos y costumbres y que factores influyen en la formación del precio. Incluso, “la OCDE exige que las administraciones tributarias conozcan cómo opera el mercado de los commodities y cómo la industria del commodity contribuye al valor en varios estadios de la cadena (...)”²⁰⁰, pues ninguna regulación puede prescindir de la realidad económica, lo contrario, generaría consecuencias negativas en la economía de las empresas vinculadas y la vulneración del principio de capacidad contributiva y el principio de no confiscatoriedad.

En el mercado de commodities intervienen los productores y los compradores, además, suelen intervenir los intermediarios, que estipulan con los adquirentes finales de los commodities, favoreciendo al vendedor con la operatividad de las operaciones y beneficiando a los importadores que al tener un escaso conocimiento de los mercados de commodities prefieren acordar con intermediarios, así como, por la ausencia de una adecuada comunicación, la escasez de una estructura de compras al exterior del país, el profundo riesgo de entregas a tiempo y lo costoso del examen de calidad, entre otras²⁰¹.

Los commodities son objeto de contratación en el mercado cash y en los mercados de futuros. En el caso del mercado *cash*, los commodities pueden ser objeto de contratación a un precio *cash* o *forward*, el primero se trata de un contrato con entrega inmediata, suele ser utilizado por los agricultores, que culminada su cosecha trasladan el grano a un almacenista local, lugar en el que se tasa a precio al contado, de acuerdo a la calidad y cantidad de la cosecha²⁰²; y el segundo se trata de un contrato a largo plazo entre dos partes con el objetivo de comprar o vender un activo a un precio fijado y en una fecha determinada, se construye partiendo de cierto subyacente²⁰³ a su precio actual y costo de financiamiento,

²⁰⁰ZUZUNAGA DEL PINO, Fernando. “¿En qué situación se encuentra Perú frente a las medidas anti “BEPS” de la OCDE? Visión crítica a partir de las medidas 8, 9 y 10 2017”. *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario*, N°76, Lima, mayo 2017, p. 358.

²⁰¹Cfr. GOLDEMBERG, Op. Cit., p.520.

²⁰²Cfr. COSTA RAN, Luis; y MONTSERRAT FONT, Vilalta. *Commodities. Mercados financieros sobre materias primas*, Madrid, ESIC editorial, 1993, p.14.

²⁰³ Un activo subyacente es un tipo de activo real o financiero que cotiza en el mercado y sirve como base para establecer el valor de determinados productos financieros derivados. Cfr. ECONOMÍA

además, estos se contratan fuera de mercados organizados, o también llamados “operaciones over the counter”²⁰⁴.

Un ejemplo de contratación a un precio forward, es cuando se acuerda otorgar una determinada mercancía al contado en una fecha futura, por ejemplo, un agricultor que realiza un contrato con un almacenista a fin de entregar 10.000 *bushel* de trigo en el siguiente julio, en el contrato se pactara la calidad y cantidad del commodity, el momento y lugar de entrega y el precio, al efectuarse la entrega física se inspeccionará el trigo para establecer su precio corregido de acuerdo a la calidad y cantidad²⁰⁵.

Ahora, en los mercados de futuro, la contratación se produce de manera inmediata y su liquidación posteriormente, lo que se busca en este mercado es mitigar el riesgo que conlleva una transacción en un mercado al contado, dada la gran volatilidad de los precios de los commodities, por lo que, se determina el precio del commodity teniendo en cuenta las variables que intervienen en la fijación del precio²⁰⁶.

Un contrato de futuros es aquel acuerdo de entregar una específica cantidad de un activo en una fecha futura concreta a un precio convenido, cada mercado señala sus especificaciones contractuales, como la cantidad y calidad del activo, el procedimiento y mes de entrega. Además, el valor de mercado de un contrato se calcula multiplicando el tamaño del contrato por el último precio cotizado del commodity, de tal manera, si hay 37, 500 libras de café en un contrato y el café se negocia a 96 centavos de dólar la libra, el valor de mercado del contrato es $37,500 * 0,96 \text{ dólares} = 36 \text{ mil dólares}$, si bien es bastante el valor del contrato, es poco el monto del capital, pues las transacciones se ejecutan con margen, es decir, se pone solo una parte del precio en efectivo²⁰⁷.

SIMPLE. *Definición de Activo Subyacente*, 2018 [ubicado el 15.X 2019]. Obtenido en: <https://www.economiasimple.net/glosario/activo-subyacente>

²⁰⁴Cfr. GEDESCO. *¿Qué es un contrato forward?* [ubicado el 15.X 2019]. Obtenido en: <https://www.gedescos.es/blog/que-es-un-contrato-forward/>

²⁰⁵Cfr. COSTA y MONTSERRA, Op. Cit., p.14.

²⁰⁶Cfr. NIÑO VEGA, Erika. *El impacto de la implementación de un mercado de derivados sobre commodities para la economía mexicana*, 2002 [ubicado el 15.X 2018]. Obtenido en: <http://www.economia.unam.mx/secss/docs/tesisfe/NinoVE/tesis.html>

²⁰⁷Cfr. GITMAN, Lawrence; y JOEHNK, Michael. *Fundamentos de inversiones*, traducido por Miguel Ángel Sánchez Carrión, 10ª ed, México, Pearson Educación, 2009, pp. 619-620.

Los contratos de futuros se negocian en el mercado, comprándose y vendiéndose a través de bolsas locales o sitios de internet, pudiendo el negociante asumir una posición corta (vender un contrato) o una posición larga (comprar un contrato), en el primero el comprador espera que el precio descienda, en cambio, en el segundo el inversionista quiere que el precio ascienda²⁰⁸.

Por ejemplo, si un productor cafetalero de Chanchamayo ha sido contratado para entregar un pedido en tres meses, conforme al precio establecido en la Bolsa de Productos, y prevé que debido a una sobreproducción decaerán los precios del café por debajo de lo pactado generándole una pérdida, entonces, para contrarrestar dicho efecto acudirá al mercado de futuros asumiendo una posición corta, así si los precios bajan tendrá una ganancia en el mercado de futuros que le permita cubrir la pérdida en el mercado de contado²⁰⁹.

Las principales bolsas de commodities se encuentran en EEUU, así tenemos la Bolsa Mercantil de Chicago, la Bolsa mercantil de Nueva York y la Bolsa de comercio de Chicago. Las diversas bolsas de productos establecen el precio de referencia de los productos que se transan en estas, conforme a la oferta y demanda de cada día, siendo conocidos dichos precios como precios internacionales²¹⁰.

En algunas negociaciones de mercancía física se consideran los precios obtenidos de los mercados de futuros, como las compañías japonesas que compran azúcar de Tailandia pagando el precio fijado para contratos de futuros en el mercado de Nueva York o cuando los agricultores americanos venden su cosecha de soja al silo local o a un negociante mayorista, con un precio que se relaciona con las cotizaciones de los mercados de futuro, así el comerciante ofrecerá como precio de compra “5 centavos por debajo de Chicago”, en otras palabras, ofrecerá 5 centavos menos que el contrato del mes más próximo cotizado en la Bolsa de Comercio de Chicago²¹¹.

²⁰⁸Cfr. CME GROUP, *Guía de auto estudio sobre cobertura con futuros y opciones de granos y oleaginosas* [ubicado el 15.X 2018]. Obtenido en: <https://www.cmegroup.com/trading/agricultural/>, p. 8

²⁰⁹Cfr. MERCADO PHILCO, Fausto. *Finanzas internacionales*, Lima, FECAT, 2004, p. 359.

²¹⁰Cfr. BRAVO MELGAR, Sindney. *Contratos modernos empresariales. Contrato atípicos e innominados*, Lima, Ediciones Legales, 2016, p.614.

²¹¹Cfr. COSTA y MONTSERRAT, Op. Cit, pp. 17-18.

También, es factible que las partes negocien los commodities a través de contratos Swaps, que son contratos a plazos sobre operaciones con materias primas, y permite que los contratantes reduzcan el riesgo producto de las fluctuaciones del precio de un commodity, para ello, pactan que el productor reciba un precio fijo por unidad a cambio de pagar al comprador, el diferencial aplicado sobre el índice de una misma cantidad de productos, siendo dicho índice el de precios de referencia del mercado de contado²¹².

Por ejemplo, un comprador y productor contratan un swap de petróleo, buscando el productor obtener un precio fijo por la venta del petróleo y el usuario cubrir la operación para la compra de 1000 barriles semestrales a precios del mercado de contado (WTI)²¹³, fijando el precio en la suma de US\$20 por barril, por lo que, en condiciones normales el vendedor de petróleo recibe US\$ 20,000 cada seis meses por parte del comprador, sin embargo, si sube el precio del mercado, el productor pagará al comprador la diferencial de precios, si el precio asciende a US\$2,55x1000 deberá pagar US\$2,550,000, en cambio, si el precio desciende a US\$1,63, el comprador abonará al productor $US\$1,63 \times 1000 = US\$1,630$ ²¹⁴.

Aunado a ello, se tiene los contratos de opciones sobre commodities, estos comienzan a negociarse con la apertura de la Bolsa de Opciones de Chicago. En dichos contratos se le otorga a quien lo posee el derecho de comprar o vender un paquete de productos o commodities, fijando anheladamente el precio en el contrato, en un plazo establecido a cambio del pago de una **prima**. Podemos encontrar los contratos de opción compradora *call* o vendedora *put*, en el primero se espera un ascenso en el precio del commodity en el mercado *spot* que supere el precio estipulado a fin de obtener un beneficio, en cambio, en el segundo se espera lo contrario. Pueden negociarse los contratos de opción en mercados organizados o bolsas y en mercados interbancarios o extrabursátiles OTC, con características especiales según las necesidades de los usuarios²¹⁵.

²¹²Cfr. MERCADO, Op. Cit., pp. 354-355.

²¹³West Texas Intermediate (WTI), es un tipo de petróleo bruto que los economistas usan como valor estándar a fin de establecer el precio del petróleo bruto como materia prima, en el mercado de intercambio o para contratos a largo plazo, realizándose la cotización en el New York Mercantile Exchange. Cfr. INVERTIR PETROLEO. ¿Qué es el petróleo WTI (West Texas Intermediate)? [ubicado el 15.X 2018]. Obtenido en: <https://www.invertir-petroleo.es/articulo/west-texas-intermediate.html>

²¹⁴Cfr. MERCADO, Op. Cit., p. 356.

²¹⁵Cfr. MERCADO, Op. Cit., pp. 361-362.

Por ejemplo, la empresa Harinas SA compra una opción *put* sobre trigo con el precio de US\$200 por tonelada, pagando una prima de US\$5 por tonelada, en el caso de que el precio en el mercado de trigo descienda a US\$195 por tonelada, tendrá un beneficio por el valor de la reducción, pero si el precio asciende a US\$205 por tonelada, perderá la prima pagada²¹⁶.

En conclusión, en los mercados de commodities intervienen los productores, compradores e intermediarios. Además, podemos encontrar los mercados *cash* y los mercados de futuro, y los contratos de futuros, swaps y los contratos de opciones, los que tienen como característica común, fijar el precio del commodity tomando como referencia el precio de cotización en las diversas bolsas de productos.

3.3.2. Propuesta de método de precio comparable no controlado

Es imperioso que en nuestro país se formule la política fiscal teniendo en cuenta lo que propone la OCDE para determinar los precios de transferencia de los commodities, en virtud de que el surgimiento de las empresas multinacionales conlleva a que los países no diseñen sus políticas fiscales de forma aislada sino considerando las directrices de la OCDE, en cuanto buscan una mayor uniformidad internacional en la aplicación del impuesto a la renta, a efectos de impedir escenarios que posibiliten una doble imposición.

El Perú para establecer que método aplicar en una transacción con commodities²¹⁷, primero, conforme a las directrices de la OCDE debe partir del principio de plena competencia, que exige “un estudio de la transacción propiamente dicha en dos fases, una primera a fin de delinear la operación, esto es, determinar o verificar ante qué transacción nos encontramos, lo que incluye una posibilidad de recategorizar la transacción declarada por las partes; y, una segunda fase en la que recién se realizaría el análisis de comparabilidad”²¹⁸. Es decir, primero debemos de definir

²¹⁶Idem

²¹⁷Se entiende por commodities, aquellos productos físicos cuyo precio de cotización es utilizado por operadores independientes para fijar los precios en operaciones no vinculadas, además, el precio de cotización incluye a los precios conocidos a través de los organismos de comunicación de precios o estadísticos, aceptados y transparentes o de los organismos públicos de control de precios, siempre que las partes no vinculadas los utilicen como referencia para determinar el precio de las operaciones realizadas entre ellas. Cfr. OECD, *Directrices de la OCDE*, 2017, Op. Cit., pp.115-116.

²¹⁸ZUZUNAGA, Tesis para optar el grado de Magister, p. 355.

ante que operación realmente nos encontramos y luego efectuar el análisis de comparabilidad.

La primera fase exige a fin de delinear la transacción, reconocer en las relaciones comerciales o financieras de las empresas con vinculación económica, los atributos económicamente relevantes o los elementos de comparabilidad, cuyas categorías son:

“los términos contractuales de la operación; las funciones desempeñadas por cada una de las partes de la operación definida, teniendo en cuenta los activos utilizados y los riesgos asumidos, incluyendo el modo en que esas funciones están relacionadas con la generación del valor en sentido más amplio por parte del grupo de empresas multinacionales al que pertenecen las partes, las circunstancias que enmarcan la operación y las prácticas del sector; las características de los bienes transferidos o de los servicios prestados; las circunstancias económicas de las partes y del mercado en que operan; y las estrategias empresariales puestas en prácticas por las partes (...) El grado en que cada una de las características clasificadas anteriormente es económicamente relevante en una operación determinada depende del grado en que sería tenida en cuenta por empresas independientes a la hora de evaluar los términos de la misma operación si se fuera a producir entre ellas”²¹⁹.

Ahora, para la selección de un método para establecer los precios de transferencia se debe ponderar entre las ventajas e inconvenientes que plantea la aplicación de los diversos métodos admitidos por la OCDE, la naturaleza de la transacción entre empresas vinculadas, el acervo de información confiable y el nivel de comparabilidad entre las transacciones realizadas por las empresas vinculadas y las empresas independientes²²⁰.

El método CUP resulta apropiado para fijar el precio de plena competencia en las operaciones entre empresas vinculadas que involucren commodities, al tratarse de productos genéricos que son negociados teniendo en cuenta su precio de cotización en las bolsas de productos. Pudiéndose determinar el precio de plena competencia por referencia: a) a las operaciones no vinculadas que pueden ser comparadas, y b) a los acuerdos de empresas independientes comparables que representan la cotización, siendo adecuado utilizar una cotización siempre y cuando

²¹⁹OECD, 2016, Op. Cit., p.20.

²²⁰Cfr. OECD, *Directrices de la OCDE*, 2017, Op. Cit., p.109.

sea usada de manera generalizada y habitual por las empresas independientes para la negociación de commodities²²¹.

“En el caso de las materias primas, los atributos de importancia económica incluyen, entre otras cosas, las características físicas y la calidad de la materia prima, las condiciones contractuales de la operación vinculada, como los volúmenes contratados, el plazo del acuerdo, el calendario y las condiciones de entrega, el transporte, el seguro y las condiciones de cambio. En el caso de algunas materias primas, ciertos atributos de importancia económica (como la pronta entrega) pueden dar lugar a una prima o un descuento. Si se utiliza la cotización como referencia para fijar el precio de plena competencia, pueden ser relevantes los contratos normalizados donde se estipulen las especificaciones que sirven de base para negociar las materias primas en el mercado y dan lugar a la cotización de la materia prima. Cuando existan diferencias entre las condiciones de las operaciones no vinculadas controladas y las condiciones de las operaciones no vinculadas para la determinación de la cotización de la materia prima que afectan de forma significativa al precio de las transacciones con materias primas examinadas, se deberán practicar los ajustes que sean razonablemente exactos para garantizar que los atributos de importancia económica de las operaciones sean suficientemente similares”²²².

Como vemos, el método CUP para la fijación de los precios de commodities en operaciones vinculadas, resulta apropiado ya que a diferencia del sexto método, toma en cuenta el uso y costumbres del mercado de commodities, como se fija habitualmente el precio de los commodities y las condiciones pactadas por las partes, permitiendo acercarnos a la realidad de la transacción a fin de no vulnerar los principios constitucionales tributarios como el principio de no confiscatoriedad y el principio de capacidad contributiva.

Ahora, si bien nuestra legislación ha establecido en el numeral 1, inciso e) del artículo 32-A° de la LIR el método CUP para establecer el precio de transferencia de los commodities²²³, sin embargo, ha previsto que solamente corresponde tomar

²²¹Cfr. OECD, 2016, Op. Cit., p.61.

²²²OECD, 2016, Op. Cit., pp.61-62.

²²³El Reglamento de la ley de impuesto a la Renta en el anexo 2 incorporado por el artículo 3 del Decreto Supremo N°340-2018-EF, vigente el 01 de enero de 2019, señala una lista de bienes que son considerados commodities, tales como:

- a) Bienes exportados: cobre (minerales de cobre y sus concentrados, cobre “blíster” sin refinar, los demás cobres sin refinar, ánodos de cobre para refinado electrolítico, cátodos y secciones de cátodos de cobre refinado, desperdicios y desechos de cobre), oro (minerales de oro y sus concentrados, oro en las demás formas en bruto), plata (minerales de plata y sus concentrados, plata en bruto sin alear, plata en bruto aleada), zinc (concentración de zinc de baja ley, concentración de zinc de bajo ley “los demás”, óxido de cinc “blanco o flor de cinc”, cinc sin alear con un contenido de cinc superior o igual al 99,99% en peso, cinc sin alear con un contenido de cinc inferior al 99,99% en peso) y harina de pescado (harina,

en cuenta la fecha pactada por las partes, cuando estas la comuniquen con una anterioridad no menor de 15 días hábiles a la fecha de inicio del embarque o desembarque, correspondiendo a la administración tributaria aplicar el sexto método ante la falta de la referida comunicación o ante su presentación extemporánea, incompleta o con información no acorde a lo pactado, de lo que existe alta probabilidad debido a la rigurosidad del contenido de la referida comunicación²²⁴, teniendo en cuenta ello, en la práctica la administración tributaria aplicará de manera excepcional el método CUP, prevaleciendo el sexto método, en contraposición con lo que recomienda la OCDE.

Incluso, el legislador al regular en el numeral 1, inciso e) del artículo 32-A° de la LIR el método CUP, ha evitado que la Administración Tributaria tenga la carga de la prueba, pues elimina la posibilidad de que pueda demostrar conforme al principio de plena competencia la fecha de la transacción, conforme a los factores del caso y lo que los terceros hubieran pactado en transacciones comparables²²⁵.

En virtud de ello, proponemos que la administración tributaria peruana debe determinar la fecha en la que se estableció el precio de la operación, en el siguiente orden conforme lo establece la OCDE: a) con la fecha convenida por las empresas vinculadas siempre que el contribuyente pueda demostrar que la fecha convenida y su acuerdo se ajusta al verdadero comportamiento de las partes o a otros hechos del caso; de lo contrario, b) fijar otra fecha teniendo en cuenta otros hechos y aquello que habrían pactado en circunstancias similares empresas no vinculadas; por último, c) determinar la fecha acorde a las evidencias disponibles, como la fecha de envió en el conocimiento de embarque u otro documento de acuerdo al transporte utilizado²²⁶.

polvo y “pellets” de pescado con un contenido de grasa superior a 2% en peso, harina, polvo y “pellets” de pescado con un contenido de grasa inferior o igual a 2% en peso, los demás).

- b) Bienes importados: maíz (maíz duro amarillo), soya (harina de habas, “porotos, frijoles, frejoles” de soja “soya”; extracto de habas “porotos, frijoles, frejoles” de soja “soya”, incluso en polvo; aceite de soja en bruto, incluso desgomado; los demás aceites de soja “soya” y sus fracciones, incluso refinado, pero sin modificar químicamente; tortas y demás residuos sólidos de la Extracc. D’Aceite de soja “soya”, Incl. Molidos) y trigo (los demás trigo duro excepto para siembra; y los demás trigos, excepto para siembra).

²²⁴Cfr. DELOITTE, Op. Cit.

²²⁵Cfr. ARVANITAKIS, Dionis. “Modificaciones a las normas de precios de transferencia en el Perú”, Análisis Tributario, N° 368, septiembre 2018, p.21.

²²⁶Cfr. OECD, 2016, Op. Cit., p.62.

Aunado a ello, proponemos que la comunicación regulada en el numeral 1, inciso e) del artículo 32-A° de la LIR, que el legislador ha establecido como necesaria a fin de que la SUNAT considere la fecha convenida por las partes vinculadas, sea eliminada por resultar irracional el plazo establecido (15 días hábiles) para su presentación por el contribuyente, teniendo en cuenta la información que en ella se solicita, convirtiéndose en un impedimento para que la administración tributaria aplique el método CUP de manera apropiada.

Por ello, proponemos que a fin de evitar que la administración tributaria se vea afectada por los BEPS, se prevea la existencia de un registro de contratos de commodities, siguiendo el ejemplo de Uruguay²²⁷. Al respecto proponemos que la administración tributaria implemente un registro de contratos de compraventa de los bienes comprendidos en el anexo 2 del RLIR, siendo dicho registro de carácter opcional para los obligados tributarios y oponibles a la administración tributaria cuando se haya realizado dicho registro en un plazo de cinco días hábiles del mes siguiente de su celebración, aunado a ello, se debe disponer la nulidad de la inscripción en el caso de aquellos contratos en los que la identidad de productos, fechas o partes vinculadas, hagan presumir a la SUNAT que los mismos no reflejando la realidad de lo pactado por las partes vinculadas, así la administración tributaria tendrá la carga de la prueba sobre la falta de concordancia de la fecha señalada por la partes con lo establecido por partes independientes en similares o idénticas condiciones.

Por otro lado, es imperioso que se fijen los precios de transferencia por la administración tributaria según el mercado de cotizaciones internacionales transparentes, efectuando un correcto control en las operaciones vinculadas, sus

²²⁷Decreto N° 56/009 de 26/01/2009, Reglamentación de los Arts. 38 a 46 del título 4 del Texto Ordenado DGI relativo al régimen de precios de transferencia

“Artículo 13-BIS.- Registro de contratos de compraventa.

La Dirección General Impositiva instrumentará un registro de contratos de compraventa de los bienes comprendidos en las disposiciones de los artículos 42 y 43 del Título 4 del Texto Ordenado 1996. Dicha Dirección podrá celebrar acuerdos con entidades gremiales nacionales de reconocido prestigio, con la finalidad de que éstas desarrollen total o parcialmente las referidas tareas registrales.

El registro de los referidos contratos tendrá carácter opcional para los contribuyentes, y serán oponibles a la Administración Tributaria, siempre que se registren dentro de los cinco días hábiles del mes siguiente al de su celebración.

A los efectos dispuestos precedentemente, se considerará nula la inscripción de aquellos contratos en los que la identidad de productos, fechas o partes vinculadas, hagan presumir que los mismos modifican negocios previamente pactados, no reflejando la realidad de la operativa”.

condiciones y su observancia. Todo ello, exige que las empresas vinculadas sean sinceras con la administración tributaria sobre las reales condiciones pactadas, en especial, el precio fijado.

“Para ayudar a las administraciones tributarias a realizar un examen fundamentado de las prácticas de precios de transferencia del contribuyente, estos tendrá que proporcionar documentación y justificantes fiables como parte de su documentación sobre precios de transferencia, la política de fijación de precios para transacciones con materias primas, la información necesaria para justificar los ajustes de precios basándose en operaciones o acuerdos independientes comparables representados por la cotización y cualquier otra información relevante, como las fórmulas para la fijación precio utilizadas, los acuerdos con clientes finales independientes, las primas o los descuentos aplicados, la fecha de fijación del precio, información sobre la cadena de suministro e información preparada con fines distintos a los fiscales”²²⁸.

De tal manera, las empresas vinculadas al informar sobre las transacciones que realizan con commodities, ante un procedimiento de verificación y/o fiscalización deben proporcionar a la administración tributaria información respecto a la política de precios de transferencia, a las fórmulas que emplean a fin de fijar el precio, los contratos con terceros, las primas o descuentos que se han aplicado, la fecha en que determinó el precio, la cadena de valor de la industria, además, las propuestas y la aceptación de condiciones, los contratos realizados, documentos respecto a las condiciones de las transacciones, entre otros. Aunado a ello, la OCDE ha propuesto que las empresas multinacionales presenten la siguiente documentación:

“El Informe Maestro “Master File” (...) debe contener información general del negocio, así como las políticas de precios de transferencia que existen. Esta información debe ser preparada por la matriz del grupo y presentada a las autoridades tributarias de los países en los que el grupo está operando. El Informe Local “Local File”, es un documento que se debe suministrar a la autoridad fiscal local con información detallada relacionada con las transacciones intercompañía, los montos de las operaciones y el análisis de precios de transferencia realizados para cada una de dichas operaciones. Esta información debe ser entregada por cada compañía del grupo a la autoridad fiscal local correspondiente. Y el Reporte País por País “country by country report”, es un formato propuesto por la OCDE en el cual se debe incluir información relacionada con los ingresos de la compañía (con vinculados y terceros), utilidades, impuestos pagados e impuestos devengados, empleados, utilidades declaradas y retenidas, activos tangibles en cada una de las jurisdicciones donde el grupo multinacional tiene operación y un detalle

²²⁸OECD, 2016, Op. Cit., p.62.

de las actividades de negocio de cada una de las compañías que conforman el grupo multinacional y en que jurisdicción opera. (...) Debe ser preparado por la matriz del grupo para ser entregado a la Administración Tributaria de la jurisdicción donde esté localizada, y compartida con otras Administraciones Tributarias (...)²²⁹.

El Perú siguiendo la línea trazada por la OCDE, ha establecido en el inciso g) del artículo 32-A de la LIR, como obligación de los contribuyentes presentar la siguiente documentación: una Declaración Jurada Informativa Reporte Local, una Declaración Jurada Informativa Reporte Maestro para aquellos contribuyentes que sean parte de un grupo, y la Declaración Jurada Informativa Reporte País por País que tendrá que ser presentada por los contribuyentes que pertenezcan a una empresa multinacional, precisando el artículo 117 del RLIR²³⁰ el contenido de cada uno de los reportes, concordante con la Resolución de Superintendencia N° 014 - 2018/SUNAT - Normas para la presentación de la declaración jurada informativa Reporte Local (Formulario virtual N° 3560) y la Resolución de Superintendencia N° 163 -2018/SUNAT - Normas para la presentación de las declaraciones juradas

²²⁹ Cfr. EY Colombia. *Beps Acción 13 - Documentación De Precios De Transferencia Y Reporte País Por País*, 2015 [ubicado el 15.X 2018]. Obtenido en: <https://es.calameo.com/books/0041520201297d9ea8170p.02>.

²³⁰ "Artículo 117.- Información mínima a consignar en las declaraciones juradas Informativas Reporte Local, Reporte Maestro Y Reporte País Por País
Las declaraciones juradas informativas Reporte Local, Reporte Maestro y Reporte País por País deben contener como mínimo la siguiente información:

a) La declaración jurada informativa Reporte Local:

1. Respecto al contribuyente (...)
2. Respecto a las transacciones del contribuyente con partes vinculadas realizadas en el ejercicio del cual se presenta la declaración jurada informativa Reporte Local (...)
3. Respecto a la información financiera del contribuyente (...)

b) La declaración jurada informativa Reporte Maestro:

1. Estructura organizacional (...)
2. Descripción del negocio o negocios de los integrantes del grupo (...)
3. Descripción de la política del grupo en materia de intangibles (...)
4. Actividades financieras del grupo (...)
5. Posición financiera y fiscal de los integrantes del grupo (...)

c) La declaración jurada informativa Reporte País por País:

1. Información general relacionada al monto de ingresos, pérdidas o ganancias (antes del impuesto), impuesto a la renta pagado y devengado, capital declarado, resultados no distribuidos, número de trabajadores y activos tangibles distintos a efectivo o equivalentes a efectivo, con relación a cada jurisdicción en la que opera el grupo multinacional.

2. Identificación de cada integrante del grupo multinacional, señalando la jurisdicción del domicilio o residencia de cada uno de ellos y la jurisdicción con arreglo a cuya legislación se ha constituido, en caso fuera distinta a la jurisdicción del domicilio o residencia, así como la naturaleza de la actividad o actividades económicas principales que realizan.

3. Cualquier información o explicación adicional que resulte necesaria o que facilite la comprensión de la información consignada en la declaración jurada informativa Reporte País por País.

Esta declaración jurada contiene la información del ejercicio por el cual se presenta la declaración".

informativas reporte maestro y reporte país por país (Formularios virtuales N° 3561 y 3562).

De ese modo, nuestro país en lo concerniente a documentación ha seguido la pauta señalada por la OCDE, pese a ello, en la determinación de los precios de transferencia de los commodities ha exigido la presentación de una rigurosa comunicación a efectos de aplicar el método CUP, conllevando que se aplique de manera general el sexto método, regulación que carece de justificación pues las empresas tienen la obligación formal de presentar determinadas declaraciones, que permiten a la administración tributaria corroborar lo pactado por las partes vinculadas.

Por otra parte, nos encontramos de acuerdo con lo establecido en el numeral 1, inciso e) del artículo 32-A° de la LIR, en cuanto a que no limita a que las partes utilicen en el caso de transacciones con commodities un método distinto al método CUP, pues como refiere Zuzunaga, puede que en determinados casos se tenga que acudir a otros métodos fundados en el principio de plena competencia:

“en la medida que los ajustes de comparabilidad lo requieran, esa aplicación del método CUP puede mutar al de Precio de Reventa (PV), con el propósito de permitir ajustes relevantes de comparabilidad por ejemplo en el valor agregado de las “downstream activities”²³¹ (que incluyen toda actividad posterior a la extracción, como procesamiento, ventas y marketing, embarque y logística). Sin embargo, el punto de partida para la aplicación del método de precio de preventa seguirá siendo el CUP. Adicionalmente, como son requeridos mayores ajustes en los bienes intermedios (caso de los gases o de los concentrados de minerales), por las diferentes partes de la cadena vertical integrada, el método de partición de utilidades podría ser el más apropiado y confiable, descartándose el CUP”.

Por otra parte, es necesario destacar las ventajas y desventajas de la aplicación del método CUP y el sexto método, así vemos que:

²³¹El término *downstream* se refiere al “refinamiento del petróleo crudo y al procesamiento y purificación del gas natural, así como también la comercialización y distribución de productos derivados del petróleo crudo y gas natural”, es decir, es aquella actividad que incluye la negociación y el suministro, tanto del petróleo crudo como del gas natural. Cfr. AGENDA NACIONAL DE HIDROCARBUROS. *La cadena del sector hidrocarburos*, [ubicado el 15.III 2018]. Obtenido en: <http://www.anh.gov.co/portalregionalizacion/Paginas/LA-CADENA-DEL-SECTOR-HIDROCARBUROS.aspx>

TABLA N° 4
VENTAJAS Y DESVENTAJAS

MÉTODO CUP	SEXTO MÉTODO
VENTAJAS	DESVENTAJAS
<p>1. La OCDE refiere que es el método generalmente apropiado a aplicar en las transacciones con commodities.</p> <p>2. Conforme al principio de plena competencia.</p> <p>3. Permite brindar el mismo trato tributario a las empresas multinacionales y las empresas no vinculadas, impidiendo que existan ventajas y desventajas impositivas que distorsionen la competencia de las empresas²³².</p> <p>4. Grava renta real.</p> <p>5. No vulnera los principios de capacidad contributiva y de no confiscatoriedad.</p> <p>6. Fija el precio de transferencia de acuerdo a las prácticas del mercado de commodities.</p> <p>7. Cuanto se tiene todos los elementos de comparabilidad para su aplicación, es un método fiable ante la administración tributaria²³³.</p> <p>8. El administrado tributario proporciona la fecha en que se fijó el precio, presentando documentación sustentatoria a fin de que la administración tributaria tenga certeza de la veracidad de lo declarado por el administrado tributario.</p>	<p>1. La OCDE lo descarta.</p> <p>2. Se aparta del principio de plena competencia²³⁴.</p> <p>3. No brinda el mismo trato tributario a las empresas multinacionales y las empresas vinculadas, al no considerar el precio de cotización proporcionado por estas, produciendo ventajas y desventajas impositivas que distorsionan la competencia de las empresas.</p> <p>4. Grava renta ficticia²³⁵.</p> <p>5. Vulnera los principios de capacidad contributiva y de no confiscatoriedad.</p> <p>6. Ignora las condiciones pactadas por las partes sustituyéndolas por una hipotética operación cerrada el día en que finaliza la carga de la mercadería²³⁶.</p> <p>7. Es un método riguroso pues su aplicación exige información pública sobre los bienes en mercados transparentes y que dicha valuación exista el día en que la mercadería fue embarcada²³⁷.</p> <p>8. No queda claro como SUNAT calculara el promedio de la cotización del día del término de embarque o de desembarque pues existen diversas cotizaciones disponibles, así como diversas fechas de liquidación, y muchos mercados²³⁸.</p>

²³²Cfr. OECD, *Directrices de la OCDE*, 2017, Op. Cit., p.42.

²³³Cfr. PT Asesores Financieros. *Aplicación del Método de Precio Comparable No Controlado (MPC)*, 2017 [ubicado el 15.X 2019]. Obtenido en: <http://www.ptasesoresfinancieros.com/blog/?p=24>

²³⁴Cfr. OSMAN, Op. Cit., p. 9.

²³⁵Cfr. EL CRONISTA. *OCDE: para Ganancias se debe respetar el precio del contrato de exportación en soja*, 2015 [ubicado el 15.X 2018]. Obtenido en: <https://www.cronista.com/economiapolitica/OCDE-para-Ganancias-se-debe-respetar-el-precio-del-contrato-en-exportacion-de-soja-20151007-0043.html>

²³⁶Cfr. GOLDEMBERG, Op. Cit., pp. 519-521.

²³⁷Cfr. ITC; CIAT; y GIZ, Op. Cit., pp. 62-63.

²³⁸ Cfr. DELOITTE, Op. Cit.

DESVENTAJAS	VENTAJAS
<p>1. Controla el riesgo en las transacciones con commodities entre empresas vinculadas, teniendo en cuenta lo pactado por éstas y cómo funciona el mercado de los commodities²³⁹.</p> <p>2. Requiere un cumplimiento estricto con los requisitos de comparabilidad, pues cualquier diferencia entre la transacción analizada y la transacción comparable, puede afectar el precio²⁴⁰.</p>	<p>1. Controla severamente el riesgo en las transacciones con commodities entre empresas vinculadas, considerando el precio de transferencia como aquel del último día del embarque o desembarque²⁴¹.</p> <p>2. Para su aplicación simplemente la SUNAT calcula el valor de mercado con el promedio de la cotización del día del término de embarque (exportaciones) y el término de desembarque (importaciones).</p>

Fuente: Elaboración propia.

Como vemos, tanto la aplicación del método CUP como la aplicación del sexto método tiene sus ventajas y desventajas, sin embargo, debemos optar por la aplicación del método CUP debido a que este respeta los principios constitucionales de capacidad contributiva y de no confiscatoriedad, permitiendo brindar igual trato tributario a las empresas vinculadas y no vinculadas, a fin de evitar distorsionar la competencia de las empresas, y fijar un precio de transferencia diferente al realmente establecido por las partes vinculadas.

Conforme a lo expuesto, es necesario que se modifique el segundo y tercer párrafo del inciso e, numeral 1 del artículo 32-A de la Ley de Impuesto a la Renta, al establecer un método que se contrapone al principio de capacidad contributiva y al principio de no confiscatoriedad, por lo que, proponemos que la redacción del mencionado artículo sea de la siguiente manera:

“Artículo 32-A

1) El método del precio comparable no controlado

(...) En las operaciones de exportación o importación de bienes con cotización conocida en el mercado internacional, mercado local o mercado de destino, incluyendo los de instrumentos financieros derivados, o con precios que se fijan tomando como referencia las cotizaciones de dichos mercados, el valor de mercado se determina de acuerdo al precio fijado en: 1) las transacciones no vinculadas comparables, o 2) los acuerdos independientes comparables que representan la cotización.

²³⁹Cfr. ITC; CIAT; y GIZ, Op. Cit., pp. 62-63.

²⁴⁰ Cfr. PT Asesores Financieros, Op. Cit.

²⁴¹Cfr. ITC; CIAT; y GIZ, Op. Cit., pp. 62-63.

Para determinar la fecha en que se efectuó la operación se debe de considerar la fecha proporcionada por el contribuyente, cuando este pueda acreditar la fecha acordada con la otra empresa vinculada y siempre que se ajuste al verdadero comportamiento de las partes o a otros hechos del caso, de lo contrario, se determinará la fecha teniendo en cuenta otros hechos y aquello que habrían pactado en circunstancias similares empresas no vinculadas, y de no ser posible ello, se tomará el valor de cotización al término del embarque de los bienes exportados o del desembarque de los bienes importados.

A efectos de que el contribuyente pueda acreditar la fecha convenida podrá inscribir en la administración tributaria el contrato celebrado en el registro de contratos de compraventa, siendo dicho registro de carácter opcional y oponible a la administración tributaria cuando se haya realizado dicho registro en un plazo de cinco días hábiles del mes siguiente de su celebración, procediendo la nulidad de la inscripción en el caso de que la SUNAT presuma de la identidad de productos, fechas o partes vinculadas, que los contratos no reflejan la realidad de lo pactado por las partes vinculadas.

En casos particulares es posible fijar el valor de mercado mediante un método que resulte acorde al principio de plena competencia, cuando este resulte más apropiado que el método de precio comparable no controlado (...).

En conclusión, resulta imperioso modificar el numeral 1 inciso e, del artículo 32-A de la LIR, pues la comunicación exigida impide la aplicación del método CUP, además, en su integridad no prevé su aplicación en los términos propuestos por la OCDE. En virtud de ello, proponemos regular el método de precio comparable no controlado como el método generalmente apropiado para establecer los precios de transferencia de los commodities, y que se prevea que en determinados casos particulares el contribuyente pueda aplicar otros métodos asentados en el principio de plena competencia, todo ello, con la finalidad de asegurar que el precio de transferencia se determine conforme a la realidad de la transacción para no transgredir el principio de capacidad contributiva y el principio de no confiscatoriedad.

CONCLUSIONES

1. El método de precio comparable no controlado es el generalmente más apropiado para establecer el precio de plena competencia en las operaciones de commodities entre empresas vinculadas, siendo posible determinar el precio por referencia a las operaciones no vinculadas que pueden ser comparadas y a los acuerdos de empresas independientes comparables que representan la cotización, además, considera la fecha que señalan las partes como aquella en la que concertaron el precio, bajo determinadas condiciones. De ese modo, el presente método toma en cuenta el uso y costumbres del mercado de commodities, como se fija habitualmente el precio de estos y las condiciones pactadas por las partes, permitiendo acercarnos a la realidad de la transacción a fin de no vulnerar el principio de no confiscatoriedad y el principio de capacidad contributiva, en virtud de ello, es necesario modificar el numeral 1, inciso e del artículo 32-A de la LIR a fin de suprimir la exigencia de la comunicación que limita irracionalmente su aplicación, así como para aplicar este método conforme a las Directrices de la OCDE sobre precios de transferencia. Cabe precisar que, el método de precio comparable no controlado no es el único método a aplicar en las transacciones con commodities pues en determinados casos puede acudir a otros métodos fundados en el principio de plena competencia, cuando resulte necesario.

2. Los métodos para determinar los precios de transferencia de los commodities son: el método de precio comparable no controlado, el sexto método de Argentina, el sexto método regulado en el Decreto Legislativo N° 1312 y el método de precio comparable no controlado regulado en el Decreto Legislativo N° 1381. El primero consiste en comparar el precio pactado en una operación vinculada con commodities con el precio estipulado en una operación no vinculada. El segundo dispone que en las exportaciones de bienes con cotización conocida en mercados transparentes, en las que intervenga un intermediario internacional que no sea el destinatario efectivo de la mercadería, se considere el valor de cotización del bien en el mercado transparente del día de la carga de la mercadería, siempre y cuando este sea mayor al pactado por las partes. El tercer método establece que el precio de transferencia de los commodities será su valor en el mercado, el cual es su valor de cotización a la fecha en que finaliza la carga. Finalmente, el cuarto método considera como fecha del valor de cotización la fecha o periodo de cotización pactado que el contribuyente comunique a la SUNAT, siempre que sea acorde a lo convenido por partes independientes en condiciones iguales o similares, sin embargo, si la referida comunicación no es presentada o se presenta en forma extemporánea o incompleta, o contiene información no acorde a lo pactado, se considerará como fecha del valor de cotización la del término del embarque o del desembarque.
3. El principio de capacidad contributiva se nutre del principio de igualdad tributaria, y constituye aquella aptitud que tiene una persona para ser sujeto pasivo de obligaciones tributarias, en cuanto realiza hechos reveladores de riqueza. La importancia del citado principio se debe a que va a legitimar al Estado a exigir a los ciudadanos el cumplimiento del deber de contribuir, pues realizan hechos económicos que manifiestan su aptitud de soportar cargas públicas, permitiendo distribuir la carga tributaria conforme a la riqueza manifestada por los ciudadanos, además, es importante pues va actuar como un límite a la libertad de configuración del legislador, impidiéndole introducir regulaciones que distorsionen la manifestación de riqueza sometida a gravamen, a fin de que la ley no rebase la capacidad contributiva del ciudadano.

4. El principio de no confiscatoriedad o de interdicción de la confiscatoriedad, se encuentra reconocido en el artículo 74° de la Constitución que establece que “ningún tributo puede tener carácter confiscatorio”, es decir, el tributo pagado sobre un bien no puede ser equivalente a la totalidad del precio del bien o a una parte apreciable de su valor. Este principio es importante porque permite que la potestad tributaria no sea ejercida de una manera desproporcionada e irrazonable, generando que se prive a los contribuyentes de su patrimonio, de tal manera, el principio de no confiscatoriedad informa y restringe el ejercicio de la potestad tributaria, al actuar como un mecanismo de defensa de ciertos derechos constitucionales, como el derecho de propiedad, cuya vulneración deslegitima el poder tributario del Estado de exigir tributos.
5. La relación que existe entre el método de precio comparable no controlado y los principios de capacidad contributiva y no confiscatoriedad es que el mencionado método al establecer el precio de transferencia real permite que la potestad tributaria sea ejercida por la administración tributaria respetando el principio de capacidad contributiva al gravar una manifestación de riqueza real que refleja la aptitud de las empresas vinculadas de soportar cargas tributarias, lo que permite la protección del derecho de propiedad de las empresas vinculadas conforme al principio de no confiscatoriedad, así se brinda el mismo trato tributario para las empresas vinculadas y las empresas no vinculadas. Por otro lado, la relación existente entre el sexto método y los mencionados principios es que al determinar el precio de transferencia considerando como valor de mercado de los commodities al valor de cotización a la fecha en que finaliza la carga, conlleva a que dada la volatilidad de los precios de los commodities, la administración tributaria fije un precio de transferencia mayor al realmente pactado por las partes, gravando una manifestación de riqueza distorsionada y ficticia, afectando la solvencia económica de las empresas vinculadas y su derecho de propiedad, razones por las cuales transgrede el principio de capacidad contributiva y el principio de no confiscatoriedad.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

1. AGUILAR ESPINOZA, Henry. *Precios de Transferencia*, Lima, Entrelíneas, 2009.
2. AHMAD RAHNEMA, Josep Faus. *Cómo interpretar la prensa económica y financiera*, Barcelona, Ediciones Deusto, 2001.
3. APAZA MEZA, Mario. *Guía Práctica para la Elaboración y Planeación de Precios de Transferencia*, Lima, INFINEG, 2008.
4. BAEZA, Carlos. *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006.
5. BARROS CARVALHO, Paulo. *Curso de Derecho Tributario*, traducido por Juan Carlos Panez Solórzano, 24ª ed, Lima, Noeses, Grijley, 2012.
6. BRAVO CUCCI, Jorge. *Fundamentos de derecho Tributario*, 2ª ed, Lima, Palestra editores, 2006.
7. BRAVO MELGAR, Sindney. *Contratos modernos empresariales. Contrato atípicos e innominados*, Lima, Ediciones Legales, 2016.
8. BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Veinte años después*, 6ª ed, Lima, IDEMSA, 2012.
9. BARZOLA YARASCA, Percy. *Precios de Transferencia*, Lima, Gaceta Jurídica, 2018.
10. COSSETE, Marie. *Aplicaciones de matemática y calculo a situaciones reales*, Lima, UPC, 2012.
11. COSTA RAN, Luis; y MONTSERRAT FONT, Vilalta. *Commodities. Mercados financieros sobre materias primas*, Madrid, ESIC editorial, 1993.
12. GARCÍA ETCHEGOYEN, Marcos. *El principio de capacidad contributiva*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004.

13. GITMAN, Lawrence; y JOEHNK, Michael. *Fundamentos de inversiones*, traducido por Miguel Ángel Sánchez Carrión, 10ª ed, México, Pearson Educación, 2009.
14. HUAMANÍ CUEVA, Rosendo. *Código Tributario comentado*, Lima, Jurista editores, 2011.
15. HUAMANÍ CUEVA, Rosendo. *Código Tributario comentado*, Lima, Jurista editores, 2013.
16. KRESALJA, Baldo; y OCHOA, César. *El régimen económico de la Constitución de 1993*, Lima, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012.
17. MERCADO PHILCO, Fausto. *Finanzas internacionales*, Lima, FECAT, 2004.
18. OYOLA LÁZARO, Cynthia; y VILLAZÁN OCHOA, Saúl. *Obligaciones de declarar precios de transferencia*, Lima, Instituto Pacífico, 2015.
19. PACHERRES, RACUAY, Ana; y CASTILLO GUZMÁN, Jorge. *Manual tributario 2016*, Lima, Thomson Reuters, 2016.
20. RENGIFO LARA, Yannpool. *Precios de Transferencia*, Lima, Entrelíneas, 2017.
21. RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Lima, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.
22. RUBIO CORREA, Marcial. *Para conocer la Constitución de 1993*, Lima, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004.
23. RUBIO CORREA, Marcial. *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Lima, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005.
24. SÁNCHEZ MIRANDA, Arnulfo. *Aplicación práctica del Código Fiscal 2017*, México, Ediciones Fiscales ISEF, 2017.
25. VELÁSQUEZ CALDERÓN, Juan. *Derecho Tributario moderno*, Lima, Grijley, 1997.
26. YANGALI QUINTANILLA, Nyrka. *Código Tributario. Aplicación práctica según criterios jurisprudenciales y de la SUNAT*, Lima, Gaceta Jurídica, 2015.

TESIS

27. CATACTORA CHAHUARES, Lorena. *Aplicación de los precios de transferencia entre empresas vinculadas y su incidencia en la determinación del impuesto a la renta caso Transportes Kala S.A.C. Arequipa-2015*, Tesis para optar al grado de Bachiller, Arequipa, U.N.S.A, 2016.
28. LANDETA HIDALGO, Evelin. *Factibilidad de la aplicación del "Sexto Método" en materia de precios de transferencia y su eficacia como mecanismo de control en el Ecuador*, Tesis para optar el grado de Magíster, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar de Ecuador, 2017.
29. MAZZARONI, Diego. *Implicancias de los Precios de Transferencia en el comercio internacional*, Tesis para optar al grado de Magíster, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2013.
30. ZUZUNAGA DEL PINO, Fernando. *El principio de "Arm's lenght" y el llamado "sexto método" en la fijación de precios de concentrados mineros peruanos*, Tesis para optar el grado de Magister, Lima, P.U.C.P, 2017.

OBRAS COLECTIVAS

31. BRAVO CUCCI, Jorge. "La potestad tributaria de los gobiernos regionales y locales". En: Walter Gutiérrez (Coord.), *La Constitución comentada*, Tomo II, 3ª ed, Lima, Gaceta jurídica, 2015, 582-592.
32. CARPIO MARCOS, Edgar; y SALES VÁSQUEZ, Pedro. "Principio de no confiscatoriedad". En: Walter Gutiérrez (Coord.), *La Constitución comentada*, Tomo II, 3ª ed, Lima, Gaceta jurídica, 2015, 593-601.
33. GAMBA VALEGA, Cesar. "Los principios constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano". En: Daniel Yacolca Estares (Coord.), *Derecho Tributario. Aspectos constitucionales, generales, informático, procesal, arbitral, internacional, ambiental, minero, construcción, penal y aduanero*, Lima, Grijley, 2009, 33-54.
34. GARCÍA BUENO, Marco. "El principio de capacidad contributiva". En: Daniel Yacolca Estares (Coord.), *Derecho Tributario. Aspectos constitucionales, generales, informático, procesal, arbitral, internacional, ambiental, minero, construcción, penal y aduanero*, Lima, Grijley, 2009, 55-77.
35. LEÓN VÁSQUEZ, Jorge. "El régimen constitucional tributario peruano: una perspectiva jurisprudencial". En: Cesar Landa (Coord.), *Constitución Económica del Perú (Foro Económico Asia-Pacífico APEC)*, Lima, Palestra editores, 2008, 131-147.
36. PICÓN GONZALES, Jorge. "Manual de Precios de transferencia". En: IFA – Perú (Coord.), *Precios de Transferencia*, Lima, IFA – Perú, 2008, 21-118.
37. PICÓN GONZALES, Jorge Luis. "La aplicación del principio de no confiscatoriedad frente a diversas actuaciones del fisco". En: Jesús Cordova Schaefer (Coord.), *Teoría general del Derecho Constitucional*, Lima, Ediciones Caballero Bustamante, 2009, 610-620.
38. ROBLES MORENO, Carmen del Pilar. "Los principios constitucionales tributarios". En Pierre Foy Valencia, *Ensayos jurídicos contemporáneos. Testimonio de una huella académica*, Lima, Instituto Pacífico, 2006, 273-289.
39. SOTELO CASTAÑEDA, Eduardo. "Del régimen tributario y presupuestal". En: Walter Gutiérrez (Coord.), *La Constitución comentada*, Tomo II, 3ª ed, Lima, Gaceta jurídica, 2015, 567-581.

REVISTAS

40. ALVA MATTEUCCI, Mario. "Lo que usted debe conocer sobre las pérdidas tributarias de tercera categoría", *Actualidad empresarial*, N°363, noviembre 2016, I-1-I-6.
41. ARVANITAKIS, Dionis. "Modificaciones a las normas de precios de transferencia en el Perú", *Análisis Tributario*, N° 368, septiembre 2018, 19-21.
42. BARRANTES MARTÍNEZ, Carlos. "Precios de Transferencia en el Perú", *Revista Peruana de Derecho Tributario*, N°8, 2008, 2-37.
43. CARRILLO, Manuel. "A propósito de las diferencias y semejanzas entre la valoración aduanera y los precios de transferencia", *Actualidad Tributaria*, N°223, junio 2012, 281-287.

44. DEL CARPIO TORRES, Christian. "El principio de no confiscatoriedad y su aplicación en el Impuesto General a las Ventas", *Actualidad Jurídica*, N°196, marzo 2010, 191-196.
45. DE VICENTE DE LA CASA, Fernando. "Los principios de capacidad económica y no confiscatoriedad como límite a la concurrencia de tributos", *Crónica Tributaria*, N°144, 2012, 149-175.
46. FERNÁNDEZ ORIGGI, Ítalo. "Ámbito de aplicación del régimen de precios de transferencia: Modificatorias vigentes a partir del ejercicio 2013", *Actualidad Tributaria*, N°232, marzo 2013, 225-244.
47. GARCÍA PRATS, Francisco. "Los precios de transferencia: su tratamiento tributario desde una perspectiva europea", *Crónica Tributaria*, N°117, 2005, 33-82.
48. GOLDEMBERG, Cecilia. "Precios de Transferencia. ¿Qué nos dejó el Sexto Método?". *Doctrina Tributaria ERREPAR*, N°411, junio 2014, 519-532.
49. INFORMATIVO CABALLERO BUSTAMANTE. "Las consecuencias de la falta de bancarización ¿afectan el Principio de no confiscatoriedad?", *Informativo Caballero Bustamante*, N°711, mayo 2011, A1-A4.
50. MONTES VENTURA, Maribel. "Principios Constitucionales tributarios. Los límites en la creación de tributos", *Revista Jurídica del Perú*, N°114, agosto 2010, 175-185.
51. NAUPARI WONG, José Rodolfo. "El principio de no confiscatoriedad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Informativo Caballero Bustamante*, N°712, junio 2011, 1-2.
52. NINA, Paúl. "El Uso de las Guías de precios de transferencia de OCDE en el Régimen Peruano de Precio de Transferencia", *Análisis Tributario*, N°366, julio 2018, 31- 40.
53. PUGA, Miguel. "Modificaciones al Régimen de Precios de Transferencia", *Análisis Tributario*, N° 368, septiembre 2018, 17-18.
54. RAMOS ANGELES, Jesús. "El Proyecto BEPS de la OCDE y el Mito del Fin de la Planificación Fiscal Internacional: Un Enfoque Crítico a Propósito de los Final Reports 2015", *Derecho & Sociedad*, N°45, octubre 2015, 375-396.
55. SUÁREZ MOSQUERA, Carlos. "Los métodos de valorización de operaciones vinculadas y empresas multinacionales", *Crónica Tributaria*, N°157, 2015, 207-230.
56. TARSIANO, Alberto. "El Principio de Capacidad Contributiva como Fundamento de la Constitución Financiera. Una Visión Doctrinaria y Jurisprudencial", *Derecho & Sociedad*, N°43, diciembre 2014, 119-128.
57. TARTARINI, Tulio. "Flexibilización de Servicios Intragruppo y Muerte del Sexto Método", *Análisis Tributario*, N° 368, septiembre 2018, 14-16.
58. ZUZUNAGA DEL PINO, Fernando. "¿En qué situación se encuentra Perú frente a las medidas anti "BEPS" de la OCDE? Visión crítica a partir de las medidas 8, 9 y 10 2017", *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario*, N°76, mayo 2017, 343-372.

RECURSOS ELECTRÓNICOS

59. ARIAS, Gonzalo. "Control de los precios de transferencia". En: CIAT (Coord.), *Aspectos de la Tributación Internacional que afectan en la gestión*

- de las Administraciones Tributarias, 2013 [ubicado el 06.IX 2017]. Obtenido en: <https://biblioteca.ciat.org/opac/book/5133>
60. ARTEAGA DE MORALES, Hada. *La nueva dinámica del mercado de los commodities*, 2008 [ubicado el 15.X 2018]. Obtenido en: http://www.bcr.gob.sv/esp/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=304
 61. ATENCIO BALLADARES, Guillermo. *El principio de no confiscación en materia tributaria. Evolución y situación actual en España y Venezuela*, 2014 [ubicado el 15.III 2018]. Obtenido en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=54339>
 62. AGENDA NACIONAL DE HIDROCARBUROS. *La cadena del sector hidrocarburos*, [ubicado el 15.III 2018]. Obtenido en: <http://www.anh.gov.co/porta regionalizacion/Paginas/LA-CADENA-DEL-SECTOR-HIDROCARBUROS.aspx>
 63. BRAVO CUCCI, Jorge. *Breves reflexiones sobre el desarrollo jurisprudencial del principio de capacidad contributiva*, 2009 [ubicado el 25.XI 2017]. Obtenido en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12202/12767>
 64. CIAT. *Aspectos generales sobre el efecto de la inflación en los procesos de fijación y ajuste de los precios de transferencia*, 2013 [ubicado el 25.IX 2017]. Obtenido en: <https://biblioteca.ciat.org/opac/book/5245>
 65. COMERCIO Y ADUNAS. *ExWorks ejemplo: Incoterms*, 2020, 2019 [ubicado el 06.IX 2019]. Obtenido en: <https://www.comercioyaduanas.com.mx/incoterms/incoterm/ejemplo-incoterm-exw/>
 66. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Exposición de motivos del Decreto Legislativo que modifica la Ley del impuesto a la renta*, 2017 [ubicado el 06.IX 2017]. Obtenido en: http://www.congreso.gob.pe/comisiones2018/ConstitucionReglamento/dlex_posicionmotivos/
 67. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Exposición de motivos del Decreto Legislativo que modifica la Ley del impuesto a la renta*, Lima, 2019 [ubicado el 30. IX 2019]. Obtenido en: <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2018/Agosto/24/EXP-DL-1381.pdf>
 68. CME GROUP, *Guía de auto estudio sobre cobertura con futuros y opciones de granos y oleaginosas* [ubicado el 15.X 2018]. Obtenido en: <https://www.cmegroup.com/trading/agricultural/>
 69. CURIEN, Horacio. "Métodos específicos para el control de precios de transferencia". En: CIAT (Coord.), *Aspectos de la Tributación Internacional que afectan en la gestión de las Administraciones Tributarias*, 2013 [ubicado el 06.IX 2017]. Obtenido en: <https://biblioteca.ciat.org/opac/book/5133>
 70. DELOITTE. *Nueva reglamentación de precios de transferencia para el tratamiento de commodities*, 2019 [ubicado el 06.IX 2019]. Obtenido en: <https://www2.deloitte.com/pe/es/pages/tax/articles/Modificacion-de-la-LIR-respecto-al-tratamiento-de-commodities.html>
 71. ECONOMÍA SIMPLE. *Definición de Activo Subyacente*, 2018 [ubicado el 15.X 2019]. Obtenido en: <https://www.economiasimple.net/glosario/activo-subyacente>

72. EL CRONISTA. *Un método Argentino de control del comercio de cereales será aceptado por la OCDE pero con reparos*, 2014 [ubicado el 15.X 2018]. Obtenido en: <https://www.cronista.com/economiapolitica/Un-metodo-argentino-de-control-del-comercio-de-cereales-sera-aceptado-por-OCDE-pero-con-reparos-20141110-0040.html>
73. EL CRONISTA. *OCDE: para Ganancias se debe respetar el precio del contrato de exportación en soja*, 2015 [ubicado el 15.X 2018]. Obtenido en: <https://www.cronista.com/economiapolitica/OCDE-para-Ganancias-se-debe-respetar-el-precio-del-contrato-en-exportacion-de-soja-20151007-0043.html>
74. ESAN. *El "sexto método" para los precios de transferencia*, 2012 [ubicado el 25.X 2018]. Obtenido en: <https://www.esan.edu.pe/conexion/actualidad/2012/11/08/sexta-metodo-precios-transferencia/>
75. EY Colombia. *Beps Acción 10 - Transacciones De Commodities*, 2015 [ubicado el 15.X 2018]. Obtenido en: <http://es.calameo.com/books/004152020527c8190fd09>
76. EY Colombia. *Beps Acción 13 - Documentación De Precios De Transferencia Y Reporte País Por País*, 2015 [ubicado el 15.X 2018]. Obtenido en: <https://es.calameo.com/books/0041520201297d9ea8170>
77. FMI; OCDE; ONU; y GMB. *Guía práctica para afrontar las dificultades asociadas con la falta de comparables en los análisis de precios de transferencia*, 2017. [ubicado el 05.X 2017]. Obtenido en: <http://documentos.bancomundial.org/curated/es/406401503666416479/The-platform-for-collaboration-on-tax-a-toolkit-for-addressing-difficulties-in-accessing-comparables-data-for-transfer-pricing-analyses>
78. GEDESCO. *¿Qué es un contrato forward?* [ubicado el 15.X 2019]. Obtenido en: <https://www.gedescos.es/blog/que-es-un-contrato-forward/>
79. GALÍNDEZ NARVAEZ, José; y JULIO SOSA, Alfredo. *Una revisión a la problemática de los precios de transferencia en América Latina en el marco de las acciones propuestas por la OCDE en su plan de acción BEPS*, 2014 [ubicado el 05.X 2017]. Obtenido en: <https://biblioteca.ciat.org/opac/book/5285>
80. GARCÍA BUENO, Marco. "El principio de capacidad contributiva como criterio esencial para una reforma fiscal". En: RÍOS GRANADOS, Gabriela (Coord.), *Conceptos de reforma fiscal*, 2002 [ubicado el 15.X 2018]. Obtenido en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/430-conceptos-de-reforma-fiscal>
81. GARCÍA SCHRECK, Marcial. *"Precios de transferencia en el Perú: ¿Estamos verdaderamente preparados?"*, 2001 [ubicado el 15.X 2018]. Obtenido en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/issue/view/1305>
82. GESTIÓN. *Precios de transferencia: Discuten detalles que restan competitividad para atraer inversiones*, 2017 [ubicado el 06.IX 2017]. Obtenido en: <https://gestion.pe/empresas/precios-transferencia-discuten-detalles-que-restan-competitividad-atraer-inversiones-2200670>
83. GESTIÓN. *Precios de transferencia: ¿Cómo afecta la falta de reglamentación a las exportaciones mineras?*, 2017 [ubicado el 06.IX 2017].

- Obtenido en: <https://gestion.pe/economia/precios-transferencia-como-afecta-falta-reglamentacion-exportaciones-mineras-2196641>
84. HOBBS, Thomas. *Leviatán*, [ubicado el 15.III 2018]. Obtenido en: <http://bibliotecadigital.tamaulipas.gob.mx/documentos/ver/4299>
 85. INVERTIR PETROLEO. *¿Qué es el petróleo WTI (West Texas Intermediate)?* [ubicado el 15.X 2018]. Obtenido en: <https://www.invertir-petroleo.es/articulo/west-texas-intermediate.html>
 86. ITC; CIAT; y GIZ. *El Control de la Manipulación de los Precios de Transferencia en América Latina y el Caribe*, 2013 [ubicado el 15.IX 2017]. Obtenido en: <https://biblioteca.ciat.org/opac/book/5095>
 87. MASBERNAT MUÑOZ, Patricio. *El principio de capacidad económica como principio material de la tributación: su elaboración doctrinal y jurisprudencial en España*, 2010 [ubicado el 15.X 2018]. Obtenido en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-00122010000100011&lng=en&nrm=iso&tlng=es
 88. NARRO ROJAS, Katherine; y QUISPE VILLAVARDE, Blanca. *Aproximaciones al principio de capacidad contributiva y su desarrollo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*, 2010 [ubicado el 15.III 2018]. Obtenido en: <http://www.derecho.usmp.edu.pe/biblioteca/coleccion/2.htm>
 89. NIÑO VEGA, Erika. *El impacto de la implementación de un mercado de derivados sobre commodities para la economía mexicana*, 2002 [ubicado el 15.X 2018]. Obtenido en: <http://www.economia.unam.mx/secss/docs/tesisfe/NinoVE/tesis.html>
 90. OECD. *Modelo del Convenio tributario de la OCDE*, 2010 [ubicado el 05.X 2017]. Obtenido en: https://leadingcases.files.wordpress.com/2015/11/modelo_ocde_2010_en_espanol-sin-comentarios.pdf
 91. OECD. *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias* 2017, 2017 [ubicado el 16.IX 2019]. Obtenido en: <http://www.oecd.org/tax/directrices-de-la-ocde-aplicables-en-materia-de-precios-de-transferencia-a-empresas-multinacionales-y-administraciones-tributarias-9789264202191-es.htm>
 92. OECD. *BEPS Acción 13 Informes país por país. Guía sobre el uso apropiado de la información contenida en los informes país por país*, 2017 [ubicado el 06.IX 2017]. Obtenido en: <https://www.oecd.org/tax/>
 93. OECD. *Garantizar que los resultados de los precios de transferencia estén en línea con la creación de valor, Acciones 8 a 10 – Informes finales 2015*, 2016 [ubicado el 25.X 2018]. Obtenido en: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/garantizar-que-los-resultados-de-los-precios-de-transferencia-estén-en-línea-con-la-creación-de-valor-acciones-8-a-10-informes-finales-2015_9789264258280-es#page14
 94. OECD. *10 preguntas sobre BEPS*, 2017 [ubicado el 06.IX 2017]. Obtenido en: <https://www.oecd.org/ctp/10-preguntas-sobre-beps.pdf>
 95. OSMAN, Juan. *El denominado «sexto método» de los precios de transferencia y su impacto en la exportación de commodities*, 2016 [ubicado el 15.X 2017]. Obtenido en: [https://www.academia.edu/25688196/El denominado sexto m%C3%A9todo](https://www.academia.edu/25688196/El_denominado_sexto_m%C3%A9todo)

do de los precios de transferencia y su impacto en la exportaci%C3%B3n de commodities

96. PERÉZ, Patricia. *Modificaciones de las reglas aplicables a Precios de Transferencia – Decreto Legislativo 1312*, 2017 [ubicado el 15.X 2017]. Obtenido en: <http://www.bdo.com.pe/es-pe/blogs/blog-bdo-peru/marzo-2017/modificaciones-de-las-reglas-aplicables-a-precios>
97. PT Asesores Financieros. *Aplicación del Método de Precio Comparable No Controlado (MPC)*, 2017 [ubicado el 15.X 2019]. Obtenido en: <http://www.ptasesoresfinancieros.com/blog/?p=24>
98. RITA LUCHESSI, Cristina. *La libertad como límite al poder de imposición. El principio constitucional de no confiscatoriedad*, 2005 [ubicado el 15.X 2018]. Obtenido en: <http://biblioteca.vaneduc.edu.ar/#/ficha/33958>
99. VILLANUEVA GUTIÉRREZ, Walker. *El principio informador en la tasa: el beneficio, el costo y la capacidad contributiva*, 1998 [ubicado el 15.X 2018]. Obtenido en: <http://www.ifaperu.org/NuestrasPublicaciones/Articulos>
100. ZYAABOGADOS. *Delegación de facultades 2018: modificaciones al “sexto método”*, Lima, 2019 [ubicado el 30. IX 2019]. Obtenido en: <http://www.zyaabogados.com/es/informativo-legal/nota/delegacion-de-facultades-2018-modificaciones-al-sexto-metodo/>

JURISPRUDENCIA

101. STC del 29 de enero de 2002. {Expediente número 0009-2001-AI/TC}. *Caso Ley que regula la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas*, 1998 [ubicado el 15.X 2018]. Obtenido en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00009-2001-AI.html>
102. STC del 19 de diciembre de 2003. {Expediente número 02727-2002-AA/TC}. *Caso Compañía Minera Caudulosa SA* [ubicado el 29.X 2018]. Obtenido en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02727-2002-AA.pdf>
103. STC del 11 de noviembre de 2004. {Expediente número 0041-2004-AI/TC}. *Caso Defensoría del Pueblo contra Ordenanzas expedidas por la Municipalidad de Surco* [ubicado el 29.X 2018]. Obtenido en: http://aempresarial.com/web/solicitud_nl.php?id=14926
104. STC del 13 de abril de 2005. {Expediente número 02302-2003-AA/TC}. *Caso Inversiones Dreams SA*, [ubicado el 29.III 2018]. Obtenido en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02302-2003-AA.pdf>
105. STC del 16 de mayo de 2005. {Expediente número 00053-2004-PI/TC}. *Caso Ordenanzas que regularon el régimen de arbitrios de la Municipalidad de Miraflores* [ubicado el 29.III.2018]. Obtenido en: <https://www.sat.gob.pe/websitev9/Portals/0/Docs/Tramites/Ordenanzas/Normativa/Arbitrios/0053-2004-PI-TC.pdf?ver=2015-10-07-123157-750>
106. STC del 13 de febrero de 2006. {Expediente número 9165-2005-PA/TC}. *Caso Grupo Mustafá* [ubicado el 29.III 2018]. Obtenido en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/09165-2005-AA.pdf>
107. STC del 20 de febrero de 2006. {Expediente número 2689-2004-AA/TC}. *Caso Emergia SA* [ubicado el 29.III 2018]. Obtenido en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02689-2004-AA.pdf>

108. STC del 15 de noviembre de 2007. {Expediente número 08349-2006-AA/TC}. *Caso Textil San Cristóbal SA* [ubicado el 29.III 2018]. Obtenido en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/08349-2006-AA.pdf>
109. STC del 28 de septiembre de 2004. {Expediente número 0033-2004-AI/TC}. *Caso inconstitucionalidad del artículo 125° del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta* [ubicado el XIX.III 2018]. Obtenido en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/0-2004-AI.html>